

Persecución penal nacional de crímenes internacionales  
en América Latina y España

Kai Ambos / Ezequiel Malarino (editores)

# PERSECUCIÓN PENAL NACIONAL DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

Con contribuciones de Kai Ambos, Alejandro Aponte, Gustavo Badaró, Carlos Caro, Tarciso Dal Maso Jardim, Albin Eser, Alicia Gil, José Luis González, José Luis Guzmán, Paul Hernández, Helmut Kreicker, Ezequiel Malarino, Jaime Martínez, Juan Luis Modollel, Maria Thereza Moura, Patricia Neri, Elizabeth Santalla, Sylvia Steiner, Nelson Vaquerano



Konrad  
**-Adenauer-**  
Stiftung



© 2003 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

**Editores**

Kai Ambos - Ezequiel Malarino

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Rathausallee 12

D-53757 Sankt Augustin bei Bonn

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-2241) 246-0

Fax: (#49-2241) 246-508

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: [rspkas@adinet.com.uy](mailto:rspkas@adinet.com.uy)

[www.kas.de](http://www.kas.de)

**Director**

Jan Woischnik

**Asistentes de Redacción**

Rosario Navarro

Manfred Steffen

**Correctora**

María Cristina Dutto

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60\*

11800 Montevideo, Uruguay

Depósito legal 330.526 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7677-1-7

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

# Índice

Glosario de siglas y abreviaturas .....	7
Presentación	
<i>Kai Ambos</i> .....	11
Prefacio e introducción al proyecto	
“Persecución penal nacional de crímenes internacionales”	
<i>Albin Eser y Helmut Kreicker</i> .....	13
Presentación institucional de la Fundación Konrad Adenauer	
<i>Jan Woischnik</i> .....	23
Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional	
<i>Kai Ambos</i> .....	25
<b>Informes nacionales</b>	
Argentina	
<i>Ezequiel Malarino</i> .....	35
Bolivia	
<i>Elizabeth Santalla Vargas</i> .....	83
Brasil	
<i>Maria Thereza Moura, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi Badaró y Tarciso Dal Maso Jardim</i> .....	119
Chile	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i> .....	163
Colombia	
<i>Alejandro Aponte Cardona</i> .....	201
Costa Rica	
<i>Paul Hernández Balmaceda</i> .....	259

El Salvador	
<i>Jaime Martínez Ventura y Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez .....</i>	305
España	
<i>Alicia Gil Gil .....</i>	335
México	
<i>Elia Patricia Neri Guajardo .....</i>	403
Perú	
<i>Dino Carlos Caro Coria .....</i>	447
Uruguay	
<i>José Luis González González .....</i>	495
Venezuela	
<i>Juan Luis Modollet González .....</i>	535
Conclusiones preliminares	
<i>Kai Ambos y Ezequiel Malarino .....</i>	577
Tablas .....	591
Lista de autores .....	743

## Glosario de siglas y abreviaturas

### Siglas

AFADEM	Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México
AI	Amnistía Internacional
AN	Audiencia Nacional (España)
ASOFAMD	Asociación de Familiares de los Desaparecidos y Martirizados por la Democracia (Bolivia)
BMDN	Boletín Mensual del Ministerio de Defensa Nacional (Uruguay)
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal Constitucional alemán)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales (México)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CJM	Código de Justicia Militar
CN	Constitución nacional
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)
COJM	Código Orgánico de Justicia Militar (Venezuela)
COPP	Código Orgánico Procesal Penal (Venezuela)
CorteEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPE	Constitución Política del Estado
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal (México)
CPI	Corte Penal Internacional
CPIA	Código Penal Internacional alemán (véase también VStGB)
CPM	Código Penal Militar
CPMP	Código de Procedimiento en Materia Penal (Argentina)
CPP	Código de Procedimiento Penal (Bolivia) Código Procesal Penal (El Salvador) Código de Proceso Penal (Uruguay)

CPPM	Código de Procedimiento Penal Militar
CR	Constituição da República (Brasil)
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
DF	Distrito Federal
DL	decreto-ley
DOF	Diario Oficial de la Federación (México)
DS	decreto supremo
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (véase también ER)
ED	El Derecho
EPR	Ejército Popular Revolucionario (México)
ER	Estatuto de Roma (véase también ECPI)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EZLN	Ejército Zapatista de Liberación Nacional (México)
HRLJ	Human Rights Law Journal
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales (México)
JA	Jurisprudencia Argentina
JUS	Ministerio de Justicia (Perú)
JZ	Juristenzeitung
LFPST	Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (México)
LI	Ley Provisional Estableciendo Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto (España)
LO	ley orgánica
LOJ	Ley Orgánica de la Judicatura (Uruguay)
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (México)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (México)
LOPNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Venezuela)
LOSEP	Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Venezuela)
NDP	Nueva Doctrina Penal
ONG	organismos/organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCM	Presidencia del Consejo de Ministros (Perú)
PE	parte especial
PG	parte general
PGR	Procuraduría General de la República
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCJ	Suprema Corte de Justicia (Uruguay)
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
STS	sentencia del Tribunal Supremo sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TM89	Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1989
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPYI	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
TRF	Tribunal Regional Federal (Brasil)
TS	Tribunal Supremo
UCAB	Universidad Católica Andrés Bello
UIA	Universidad Iberoamericana
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán [también CPIA])

### *Abreviaturas*

art.	artículo/artigo
cf.	confróntese
comp.	compilador
coord.	coordinador
dir.	director
ed.	editor
f. (ff.)	folio(s)
inc.	inciso
nº	número
num.	numeral
l. cit.	lugar citado
lit.	literal
o. cit.	obra citada
p. (pp.)	página(s)
s. (ss.)	siguiente(s)
t.	tomo
vol.	volumen



## Presentación

Como con más detalles explican el Prof. Dr. Albin Eser y Helmut Kreicker en su prefacio e introducción, con esta obra se presenta la parte latinoamericana del proyecto “Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada” (*Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich*). Ella es el fruto de más de un año de intenso trabajo en estrecha colaboración entre la sección Hispanoamérica del Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional y los expertos latinoamericanos que han tomado a su cargo la redacción de los informes nacionales. En su parte latinoamericana el proyecto tuvo ya una presentación pública en el seminario llevado a cabo los días 27 y 28 de febrero de 2003 en la ciudad de Montevideo (Uruguay), evento este financiado y organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

En este lugar, tan solo resta agradecer a todos los que hicieron posible la realización del proyecto y la publicación de esta obra. En primer lugar, al Prof. Dr. Albin Eser y a Helmut Kreicker por la concepción del proyecto y la redacción del prefacio e introducción a esta obra. En segundo lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y especialmente a su director, el Dr. Jan Woischnik, y a Manfredo Steffen. En tercer lugar, y especialmente, a los relatores nacionales Ezequiel Malarino (Argentina), Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia), Maria Thereza R. de Assis Moura, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Righi Badaró y Tarciso Dal Maso Jardim (Brasil), José Luis Guzmán (Chile), Alejandro Aponte (Colombia), Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica), Jaime Martínez y Nelson Vaquerano (El Salvador), Patricia Neri (México), Dino Carlos Caro Coria (Perú), José Luis González (Uruguay) y Juan Luis Modollet (Venezuela). Debo agradecer igualmente a Alicia Gil Gil por la redacción del informe de España, que también se publica en esta obra. A todos ellos, mi agradecimiento más profundo. Por último, quiero renovar mi agradecimiento a Ezequiel Malarino, colaborador en la sección Hispanoamérica del Instituto Max-Planck, sin cuya eficiencia no habrían sido posibles la rápida conclusión del proyecto ni la publicación.

Esta obra contiene, además del prefacio que gentilmente han escrito el Prof. Albin Eser y Helmut Kreicker, la contribución de quien suscribe estas líneas, los informes nacionales de los relatores latinoamericanos con sus respectivas tablas y las

conclusiones del proyecto, redactadas junto con Ezequiel Malarino. Asimismo, hemos decidido publicar separadamente un resumen curricular de los autores de esta obra, con el fin de presentarlos.

Esperamos poder seguir acompañando —con la colaboración de la Fundación Adenauer y de los colegas latinoamericanos— la implementación del Estatuto de Roma en América Latina.

Prof. Dr. KAI AMBOS  
Friburgo de Brisgovia/Gotinga, julio de 2003.

# **Prefacio e introducción al proyecto “Persecución penal nacional de crímenes internacionales”**

En esta obra se presenta la parte latinoamericana de un proyecto que, más allá de tal continente, se extiende a otros muchos lugares de la Tierra. En cuanto a su concepción, se trata ni más ni menos que de cuestionarse en qué condiciones se puede perseguir crímenes internacionales de manera efectiva y a escala mundial, mediante la intervención de la Justicia nacional. Ello afecta en última instancia al continente latinoamericano, en cuya historia el fenómeno de la *impunidad* ha tenido un protagonismo especialmente dramático. Por tanto, más nos congratulamos de que precisamente en estos países el presente proyecto de investigación haya encontrado tan amplia resonancia. Como ello también ha dado lugar a que se elabore un gran número de informes nacionales, nos ha parecido conveniente editarlos en lengua española en una publicación independiente, para que de esta forma resulten de más fácil acceso a un círculo de lectores lo más amplio posible.

Dado que todos los informes nacionales siguen una estructura unitaria, es necesario hacer a continuación una breve presentación de la situación de partida, el objetivo y la concepción del proyecto en su conjunto.

## **1. Situación de partida**

Transcurridos más de 50 años desde los procesos de Nuremberg, 120 países —casi dos tercios de los Estados de todo el mundo— acordaron, en una conferencia internacional celebrada en Roma en julio de 1998, la creación de un foro jurisdiccional independiente para la persecución de crímenes internacionales y aprobaron el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. Con ello se estableció el fundamento para la persecución penal supranacional del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las agresiones, y se tuvo en cuenta el hecho de que estos crímenes —tal como se señala en el Preámbulo del Estatuto de Roma— amenazan la paz, la seguridad y el bienestar del mundo, afectan a la comunidad internacional en su conjunto y por ello no deben permanecer impunes.

Transcurridos tan solo cuatro años desde la aprobación del Estatuto de Roma, fueron presentadas ya las 60 ratificaciones necesarias, de tal manera que la Corte

Penal Internacional (CPI) vio la luz el 1 de julio de 2002, al lograr su existencia jurídica como nueva organización internacional. Con la elección de los 18 jueces y juezas en marzo de 2003 se dio un nuevo paso decisivo para la capacitación activa de la nueva Corte y su existencia se hizo visible ante todo el mundo. Si bien su estructuración todavía exigirá algún tiempo, lo cierto es que se han logrado los presupuestos para perseguir a escala internacional al menos las conductas de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, siempre que se hayan cometido después de la entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002, en el territorio de alguno de los (hasta ahora 89) Estados parte o bien por alguno de sus nacionales. Se puede así hacer frente a una inaceptable impunidad.

La exitosa marcha del proceso en el ámbito internacional no significa, sin embargo, que cada uno de los Estados, con la excusa de que es posible la persecución por la CPI, pueda “echarse a dormir”, ni que la regulación nacional se haya vuelto innecesaria para la persecución penal de los crímenes internacionales. Más bien se produce precisamente lo contrario.

Efectivamente, a raíz del Estatuto de Roma de julio de 1998, a los Estados se les plantean diversas cuestiones. Por un lado, si deben ratificar el Convenio para la creación de una Corte Penal Internacional y en qué medida ello requiere modificaciones constitucionales en el nivel estatal interno. Por otro lado, los Estados parte tienen que crear una base jurídica nacional para la cooperación con la CPI exigida por el Estatuto de Roma. Y, en tercer lugar, a todos se les plantea la cuestión de hasta dónde están dispuestos a perseguir y castigar crímenes internacionales y si se encuentran en condiciones de hacerlo, y si para ello conviene, o incluso se debe, modificar el propio ordenamiento jurídico-penal.

El Estatuto de Roma no contiene en sí mismo una obligación directa de los Estados de constituir y ejercer un poder punitivo nacional sobre crímenes internacionales. Sin embargo, después de que en el Preámbulo del Estatuto de Roma el establecimiento de una CPI se fundamenta también teniendo en cuenta “que es obligación de cada Estado ejercer su poder punitivo sobre los responsables de delitos internacionales” (párrafo 6), es evidente que toda la concepción del Estatuto descansa sobre la idea de que la persecución penal de crímenes internacionales es tarea primaria de cada Estado. La CPI solo debe actuar cuando —por razones jurídicas o políticas— no se produzca una persecución penal de crímenes internacionales a través de los tribunales de alguno de los Estados. Así, en el apartado 10 del Preámbulo y en el artículo 1 del Estatuto de Roma se dice que la CPI “complementa a la jurisdicción penal interna”. La competencia primaria de los tribunales nacionales se manifiesta a través del principio de complementariedad: según el artículo 17 del Estatuto de Roma, la persecución penal a través de la CPI solo está permitida cuando y en la medida en que una persecución penal efectiva en el ámbito nacional fracase por impedimentos jurídicos o fácticos.

Aun cuando, de acuerdo con el Estatuto de Roma, la falta de una persecución penal nacional solo tiene como consecuencia que se permita un proceso penal ante la

CPI, el hecho de que los Estados estén en condiciones de perseguir crímenes internacionales al menos en la misma medida que la CPI revierte al mismo tiempo en su propio interés. Con ello se salvaguarda no solo la idea de persecución primaria de crímenes internacionales a través de tribunales nacionales, sino también intereses de soberanía nacional.

Sin embargo, como se ha mencionado, el Estatuto de Roma parte en el § 6 de su Preámbulo de que los Estados están igualmente obligados a la persecución penal de crímenes internacionales a través del derecho internacional consuetudinario. De hecho, también se derivan obligaciones de persecución nacional de crímenes internacionales a partir de otros tratados internacionales, como las Convenciones de Ginebra, la Convención sobre Genocidio y la Convención de Naciones Unidas sobre Tortura, las cuales para la gran mayoría de los Estados son vinculantes en cuanto acuerdos de derecho internacional. Las Convenciones de Ginebra de 1949 y el primer protocolo adicional de 1977 obligan al menos al Estado del lugar de comisión y al Estado en el que se encuentra el acusado a perseguir penalmente los graves crímenes de guerra que se contienen en el Convenio, siempre que se hayan cometido en el marco de un conflicto armado internacional. La Convención sobre Genocidio de 1948 establece para el Estado del lugar de comisión la obligación de perseguir el crimen de genocidio.

La línea doctrinal que se refiere a obligaciones de persecución de carácter consuetudinario va cobrando cada vez más fuerza. En favor de la suposición de que exista dicha obligación de persecución de derecho internacional consuetudinario —que se extiende a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales— se puede argumentar que el § 6 del Preámbulo del Estatuto de Roma contiene implícitamente tal obligación, y los Estados que han ratificado el Estatuto con ello también han manifestado su reconocimiento a los deberes de persecución a los que se hace referencia en el § 6, con lo que se puede considerar que ha quedado demostrada una convicción jurídica que se manifiesta en la praxis estatal.

En resumen, con lo anterior se puede dejar sentado que la persecución penal de determinados crímenes internacionales es obligación de cada uno de los Estados y que, por lo demás, el Estatuto la considera en general como deseable y redundante también en el propio interés de cada Estado en razón del principio de complementariedad.

Por eso se discute en muchos Estados sobre la posible exigencia, o al menos conveniencia, de una adaptación del derecho penal nacional a las normas penales materiales del Estatuto de Roma y del derecho consuetudinario internacional. En algunos Estados ya se han producido modificaciones y añadidos a la legislación penal nacional. Así, por ejemplo, en Alemania ha entrado en vigor en junio de 2002 un Código Penal Internacional independiente (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]) que no solo prevé una pena para los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto, sino también para otros crímenes internacionales reconocidos por el derecho internacional consuetudinario. El objetivo del nuevo VStGB es, entre otros, capacitar al Estado alemán para que también pueda siempre perseguir él mismo los crímenes que recaen bajo la competencia de la CPI. En Canadá

entró en vigor en el año 2000 el *Crimes against Humanity and War Crimes Act*. También en el Reino Unido se crearon bases jurídicas nuevas (para Inglaterra y Gales, así como para Escocia) orientadas a una persecución nacional de crímenes internacionales. Australia ha incluido en su *Criminal Code* nuevos tipos penales, que en su formulación se aproximan más al Estatuto de Roma y a los “Elements of crimes” según el artículo 9 del Estatuto. Y otro ejemplo que se puede citar en relación con las actividades legislativas de alcance nacional es el caso de Suecia, que a finales del 2002 presentó un proyecto de ley sobre crímenes internacionales (*Gesetz über Völkerrechtsstraftaten*). En otros Estados se han reunido comisiones de expertos para discutir posibles modificaciones del ordenamiento penal nacional.

## 2. Objeto y finalidad del proyecto

Sobre el trasfondo de esta evolución, el objeto del proyecto de investigación jurídico-comparada que se lleva a cabo bajo la dirección del Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional de Friburgo es estudiar cómo está previsto y de qué modo es posible en los ordenamientos penales de los diferentes Estados el castigo de crímenes internacionales a través de tribunales nacionales, qué deficiencias presenta frente al derecho penal internacional vigente (y las obligaciones de persecución allí recogidas) con vistas al ejercicio de tal poder punitivo nacional y qué reformas se han realizado o se planean para posibilitar la persecución nacional de crímenes internacionales.

Más allá de la obtención de conocimientos científicos en el marco de una investigación jurídico-penal de los fundamentos, la finalidad del proyecto es, por un lado, incentivar y dar impulso a las ideas de reforma en cada uno de los Estados, mediante la exposición y valoración comparativa de diferentes mecanismos de regulación para el castigo de crímenes internacionales. Por otro lado, podrá mostrarse en qué medida los distintos Estados están capacitados normativamente para la propia persecución de crímenes internacionales. Esta comprobación habrá de tener una enorme relevancia práctica de cara al principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Por último, no menos importante es la posibilidad de que a partir de las averiguaciones relativas a las concepciones jurídicas en los distintos Estados —por ejemplo, en cuanto a la extensión de las obligaciones jurídico-internacionales de persecución penal nacional— se extraigan conclusiones acerca de la posición que ocupa el derecho consuetudinario internacional.

## 3. Concepción del proyecto

### a. *Elaboración de informes nacionales sobre los países seleccionados*

El proyecto se apoya en la misma concepción en que se basan los estudios de derecho internacional comparado que realiza el grupo de investigación de Derecho Penal del Instituto Max Planck, cuyos buenos resultados han quedado demostrados en numerosas ocasiones. El punto central de las investigaciones lo constituyen los

informes de los Estados seleccionados. Estos informes nacionales se realizan a partir de un catálogo único de cuestiones, que al mismo tiempo sirve de índice vinculante. Con ello ha de garantizarse que en los informes se traten y respondan las cuestiones relevantes. Al mismo tiempo, se asegura la comparabilidad posterior de los informes, pues el proyecto ha de concluirse con un análisis cruzado, es decir, un estudio y una valoración comparativa de todos los informes.

### ***b. Países participantes***

En interés de una mayor agilidad en la realización del proyecto y de una pronta presentación de los resultados de la investigación era imprescindible limitar el proyecto a un número proporcionalmente reducido de países. Sin embargo, nos alegra que haya sido posible integrar a países de todos los continentes y de diferentes círculos jurídicos, si bien por razón de la organización del Instituto Max Planck ha habido una concentración hacia países europeos. Es cierto que debido al limitado número de países, como resultado de las investigaciones solo se podrá presentar un panorama ejemplificador acerca de las bases de la persecución penal de crímenes internacionales en los países seleccionados. Sin embargo, dado que se realizarán informes sobre más de 35 países que han adoptado medidas de muy distinta índole con vistas a la persecución de crímenes internacionales, cabe esperar que los informes nacionales aporten una impresión acerca de las diferentes posibilidades de reacción penal frente a esta clase de crímenes.

De América Central y del Sur hay informes acerca de los siguientes países:

- Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela.

Además, están incluidos en el proyecto:

- Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Escocia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Inglaterra-Gales, Italia, Países Bajos, Polonia, Rusia y Bielorrusia, Suecia, Suiza, Serbia-Montenegro.
- América del Norte: Canadá y Estados Unidos.
- Asia: China, Israel y Turquía.
- África: Costa de Marfil.
- Oceanía: Australia.

Un estudio de tales dimensiones solo puede ser realizado con el trabajo en común de muchas autoras y autores. Los informes nacionales son elaborados por personal investigador del grupo de Derecho Penal del Max Planck, o bien por expertos en derecho penal de los países a considerar en el proyecto. Muy especialmente nos alegra el gran número de relatores externos que de forma espontánea —a pesar de que la situación presupuestaria no permite satisfacer honorarios— se han mostrado dispuestos a realizar un análisis relativo a su país. Por este motivo debemos manifestar nuestra gratitud a las autoras y autores por su comprometida labor.

Mientras que los informes relativos a los países de América Central y del Sur se ofrecen en la presente edición, la publicación de los informes nacionales de países de Europa, Asia, África, Norteamérica y Oceanía tendrá lugar en diversos números de la editorial Editio Iuscrim del Instituto Max Planck.

**c. Cuestiones tratadas**

En los informes nacionales se tratarán las siguientes cuestiones:

- *¿En qué medida las formas de comportamiento penalizadas en el Estatuto de Roma y en el derecho internacional consuetudinario vigente como crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) son punibles según los ordenamientos penales del país analizado? Más allá de esto, ¿se amenaza con una pena el crimen de agresión en el derecho nacional?*

Los informes nacionales analizan la cuestión acerca de cuáles son los crímenes internacionales que pueden ser castigados por tribunales del país analizado, es decir, que entran en la competencia penal nacional del país en cuestión. Dicho análisis no se limita a llevar a cabo una comparación del derecho penal nacional con las normas penales materiales del Estatuto de Roma. Ello no refleja de manera completa en qué estado se encuentra el derecho penal internacional. Así, el Estatuto de Roma presenta lagunas sobre todo en el ámbito de los crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales. Por otra parte, aunque el crimen de agresión básicamente se somete a la competencia jurisdiccional de la CPI, no aparece definido en el Estatuto. A la Corte se le sustrae por el momento el ejercicio de la jurisdicción en caso de crímenes de agresión. Dado que los informes nacionales abordan la cuestión de en qué medida el poder punitivo nacional del Estado analizado se extiende a crímenes de guerra y actos de agresión más allá de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, ello hace posible extraer conclusiones acerca del estado del derecho internacional consuetudinario. Así por ejemplo, el legislador alemán en el nuevo Código Penal Internacional (VStGB) amenaza con pena los crímenes de guerra con independencia de si se producen en el marco de un conflicto armado internacional o interno, y se ha apoyado en que con ello únicamente lleva a cabo una recepción del derecho penal que goza de validez como derecho internacional consuetudinario.

- *¿Se recogen estos hechos delictivos a través de tipos penales especiales del derecho penal nacional, o solo a través de los tipos “generales”, o bien, en cambio, mediante remisión al derecho internacional (derecho internacional consuetudinario o derecho convencional, como el Estatuto de Roma)?*

Los ordenamientos penales de cada uno de los países recogen crímenes de derecho internacional de diferente forma. En algunos países, hechos que son clasificables como crímenes de derecho internacional solamente pueden ser perseguidos mediante la aplica-

ción de los tipos del derecho penal “normal”, que también se aplican a la “criminalidad cotidiana”, como los delitos de homicidio o de lesiones. Es el caso, por ejemplo, de Israel, Austria y Turquía, y lo fue también de Alemania hasta la entrada en vigor del VStGB, si bien hay que precisar que en Alemania, Israel y Austria ya se había creado un tipo penal especial en aplicación de lo dispuesto en la Convención contra el Genocidio de 1948. Muchos países han creado también, además de un tipo especial de genocidio, otros tipos penales especiales que recogen crímenes de guerra —mayoritariamente en correspondencia con la ratificación de las Convenciones de Ginebra de 1949—, ya sea en el código penal general o en un código penal militar especial y, sin embargo, solo pueden perseguir crímenes contra la humanidad a través de la aplicación de los tipos penales “normales”. Entre estos países se encuentran Italia, Rusia y Estados Unidos, por citar solo tres ejemplos. Por su parte, el derecho penal francés contiene tipos especiales que recogen el genocidio y los crímenes contra la humanidad, pero no los crímenes de guerra. Los países que más recientemente han modificado su regulación penal o que planean actualmente reformas al hilo de la aprobación del Estatuto de Roma se han inspirado en su mayoría en el Estatuto. Mientras que Austria, por ejemplo, ha modificado su *Criminal Code* en correspondencia con las normas penales materiales del Estatuto de Roma, otros países han previsto el castigo penal del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra en una codificación especial o han presentado los correspondientes proyectos de ley. Ello es aplicable, por ejemplo, al caso de Alemania, con el VStGB de 2002; a Bélgica, con una ley especial de 1993 modificada en 1999; a Canadá, con la *Crimes against Humanity and War Crimes Act*; a Gran Bretaña con las *Criminal Court Acts 2001*, y a Suecia, con el proyecto presentado en 2002 para una *Gesetz über Völkerrechtsstrafaten*.

Pero en lo que afecta a estos Estados, también la forma en que se recogen los crímenes internacionales presenta diferencias significativas. Mientras que el VStGB alemán formula los tipos penales de manera independiente y extensa para dar cumplimiento al principio de legalidad recogido en la Constitución alemana, que se puede considerar más estricto desde una perspectiva comparada (de manera similar sucede también en el proyecto sueco), otras codificaciones se limitan a hacer una remisión general al derecho internacional consuetudinario (así en gran parte la *Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000* canadiense) o a las definiciones típicas del Estatuto de Roma (así por ejemplo, Inglaterra con la *Criminal Court Act 2001*).

- ¿Cuáles de los crímenes internacionales penalizados en el derecho internacional no están amenazados con pena en el derecho penal nacional?

Partiendo del principio de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de Roma, se trata aquí de señalar cuáles de los crímenes internacionales no pueden ser perseguidos por tribunales nacionales, es decir, en qué medida se produce un déficit en el poder punitivo nacional que posiblemente legitima a la CPI a ejercer su propia jurisdicción penal.

- *¿Según qué principios de conexión del llamado derecho penal internacional (reglas jurídicas de aplicación penal), como por ejemplo, el principio de territorialidad, el de personalidad o el de jurisdicción universal, se fundamenta la extensión espacial y personal del poder punitivo sobre crímenes internacionales?*

Mientras que el VStGB alemán somete todos los crímenes internacionales recogidos al principio de jurisdicción universal de manera general —esto es, fundamenta una jurisdicción penal alemana para conocer de todos los crímenes internacionales producidos en cualquier lugar del mundo— y solamente limita la obligación de los órganos de persecución penal en el caso de crímenes cometidos en el extranjero, la mayoría de los ordenamientos penales no van tan lejos, sino que fundamentan únicamente una competencia de persecución penal nacional limitada personal y territorialmente, como puede ser sobre hechos que se hayan cometido dentro del país, por un nacional o contra ciudadanos del propio Estado.

La cuestión de la extensión territorial y personal de la competencia de persecución penal nacional permitida o exigida por el derecho internacional en el caso de crímenes internacionales no está definitivamente aclarada. Ello también lo han puesto de manifiesto los votos particulares de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el proceso de la República Democrática del Congo contra Bélgica de febrero de 2002. Algunos jueces eran de la opinión de que un Estado no está autorizado a iniciar una persecución penal por crímenes internacionales cometidos en el extranjero al amparo de un principio de jurisdicción universal ilimitada cuando el acusado no se encuentra dentro de su territorio de soberanía. El legislador es de la opinión contraria, como lo muestra la fijación del principio de jurisdicción universal ilimitada en el Código Penal Internacional.

También se responde de distinta manera a la cuestión de en qué casos el derecho internacional obliga a los Estados a perseguir crímenes internacionales. En parte se supone la existencia de un deber de persecución o de extradición de cualquier acusado que se encuentre en territorio del Estado correspondiente. Mediante el tratamiento de la situación jurídica y de las opiniones doctrinales manifestadas en los diferentes Estados, posiblemente se podrá aportar algo más para la resolución de estas cuestiones.

- *¿Qué disposiciones tienen validez en caso de delitos internacionales en lo que se refiere a cuestiones generales de la responsabilidad penal (parte general del derecho penal), como, por ejemplo, en relación con las causas de justificación tales como el estado de necesidad o la obediencia debida, el error de prohibición o la responsabilidad de los mandos (hombres de atrás)?*

El Estatuto de Roma contiene numerosas reglas acerca de los presupuestos generales de la punibilidad y su exclusión, que en parte se separan bastante de las correspondientes reglas jurídicas de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. Así por ejemplo, el error de derecho —esto es, la representación errónea del autor en cuanto

al carácter prohibido de su hecho— se declara irrelevante salvo en un caso excepcional, mientras que algunos ordenamientos jurídicos nacionales —como, por ejemplo, el alemán— conceden al error inevitable de prohibición efecto excluyente de la punibilidad. Estas y otras divergencias pueden adquirir relevancia práctica de cara al principio de complementariedad del Estatuto de Roma cuando las regulaciones nacionales resultan contrarias a una persecución penal estatal de crímenes internacionales y con ello se fundamenta la autorización de un proceso penal ante la CPI. Un análisis de los presupuestos generales de la punibilidad o su exclusión en cada uno de los Estados no solo es necesario para tomar conocimiento de las distintas modalidades de persecución de crímenes internacionales, sino que también puede ser relevante para dar respuesta a la cuestión de cuáles son las reglas relativas a crímenes internacionales que pueden considerarse reconocidas por el derecho internacional consuetudinario.

- *¿Existen reglas especiales en relación con la autorización de una persecución penal, por ejemplo, en lo referente a inmunidades internacionales o constitucionales, así como a la prescripción?*

También con respecto a algunas cuestiones (procesales) de permisibilidad de una persecución penal por crímenes internacionales se producen inseguridades que hacen interesante tomar en consideración las disposiciones relevantes de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, a pesar de la ya mencionada sentencia de la CIJ en el proceso del Congo contra Bélgica de febrero de 2002, en la cual se determinó que los ministros de asuntos exteriores se sustraen a la jurisdicción penal de otros Estados aun cuando se los acuse de la comisión de crímenes internacionales, debe considerarse que la cuestión de en qué medida pueden ampararse en inmunidades quienes ejercen funciones estatales aún no está definitivamente aclarada.

- *En una persecución penal por crímenes internacionales, ¿se aplican especialidades en relación con la configuración del proceso o con la competencia judicial?*
- *¿En qué medida se lleva a cabo en el país objeto del informe una persecución efectiva por crímenes internacionales?*
- *¿Se planean reformas del derecho penal para una mejor recepción de los crímenes internacionales?*

#### **4. Parte “Latinoamérica” del proyecto**

Como ya ha podido verse en el panorama de países que forman parte del proyecto, los centroamericanos y sudamericanos que participan en él son muy numerosos. Por ello nos ha parecido conveniente llevar a cabo la investigación relativa a estos países dentro de una parte especial del proyecto: “Latinoamérica”, que está bajo la dirección científica y organizativa del Prof. Dr. Kai Ambos. Como coordinadores del

proyecto conjunto hemos de darle las gracias de manera especial por la esencial aportación que ha realizado como referente para Hispanoamérica en el Instituto Max Planck de Friburgo de cara al éxito del proyecto “Persecución penal nacional de crímenes internacionales” y por seguir prestándonos su consejo y colaboración tras la toma de posesión de una cátedra en la Universidad de Gotinga.

Pero nuestro agradecimiento se dirige muy especialmente a las autoras y autores de los informes de la sección latinoamericana del proyecto recogidos en la presente publicación, pues con su competencia y compromiso —que quedan certificados en esta obra— han aportado valiosos informes acerca de los fundamentos para una persecución de crímenes internacionales a través de los tribunales de sus Estados y realizado una importante contribución, sin especial remuneración, a la investigación del derecho penal internacional.

Finalmente debemos manifestarle nuestro agradecimiento a la Fundación Konrad Adenauer y expresamente al director de su programa regional Estado de Derecho para Sudamérica, Dr. Jan Woischnik. Gracias a él —no solo en el aspecto organizativo sino también a través de un considerable apoyo financiero— en febrero de 2002 se pudo disponer de un foro donde llevar a cabo un coloquio con los relatores de países latinoamericanos en Montevideo (Uruguay), que abrió la posibilidad no solo de discutir acerca de los informes presentados, sino también de confrontar con estas cuestiones a un público más amplio. Ello también es digno de ser valorado, si se tiene en cuenta que en círculos más amplios todavía se tiene poca conciencia del modo como se deben complementar la justicia penal nacional y la internacional para poder perseguir de manera efectiva los crímenes internacionales.

*Friburgo, mayo de 2003*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. ALBIN ESER  
Director del Instituto Max Planck  
para derecho penal extranjero e internacional

Lic. en Derecho HELMUT KREICKER  
Coordinador del proyecto

## **Presentación institucional de la Fundación Konrad Adenauer**

La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana independiente y sin fines de lucro. Está sujeta a los principios del movimiento demócrata-cristiano. La cooperación internacional es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor. Para su realización dispone de oficinas en todo el mundo.

La fundación apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación al desarrollo. Lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

Junto con 14 oficinas nacionales de la Fundación Konrad Adenauer repartidas por todo el continente latinoamericano que concentran su trabajo en los respectivos países, existen en Latinoamérica tres programas regionales. Uno de ellos es el Programa Estado de Derecho, dirigido ante todo a juristas y políticos dedicados al área del Derecho. La oficina en Montevideo es responsable de Sudamérica. Una segunda oficina en México se ocupa del área México, América Central y el Caribe.

La finalidad del Programa Estado de Derecho es brindar apoyo sostenido a la democratización en Latinoamérica y realizar un aporte al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico eficiente, basado en principios del Estado de Derecho, como centro de cada sistema democrático. Sin embargo, necesidades de reforma y de asesoramiento se presentan en casi innumerables ámbitos del Derecho. Por este motivo el programa se concentra en los siguientes objetivos:

- la promoción de una separación de poderes estable y clara, con especial consideración de una justicia independiente, como también de la garantía y el respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos;
- la promoción de procesos de integración políticos y económicos con especial atención en un Derecho económico que asegure la libertad y que incluya los aspectos de la protección social y de la justicia social;
- la promoción y la seguridad de los esfuerzos reformistas en el ámbito del Derecho procesal, orientados al anclaje y al desarrollo de los principios del

Estado de Derecho (como por ejemplo la seguridad jurídica, la aceleración de los procesos, la transparencia, la participación ciudadana, el acceso a la justicia) dentro del orden jurídico;

- el combate a la corrupción, ante todo en el ámbito de la justicia, como uno de los mayores peligros dentro de las jóvenes estructuras del Estado de Derecho en Latinoamérica;
- el fomento de la institución de las defensorías del pueblo en el ámbito nacional e internacional, con la finalidad de compensar los déficit en los órdenes jurídicos existentes y de ayudar al ciudadano a acceder mejor a la justicia.

De aquí derivan los seis temas eje del Programa Estado de Derecho, a saber: el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho de Integración, el Derecho Procesal, la lucha contra la corrupción y la promoción de las Defensorías del Pueblo.

Como grupos objetivo del programa se pueden nombrar jueces de Tribunales Constitucionales y de Cortes Supremas, otros jueces, fiscales, abogados, defensores de oficio, defensores públicos y funcionarios de la administración de la justicia, defensores del pueblo, políticos dedicados al área del Derecho, profesores de Derecho en universidades e institutos científicos independientes, funcionarios de la administración pública (incluyendo la policía), funcionarios de diferentes organismos de integración y especialistas del Derecho de integración, así como también miembros de organizaciones de derechos humanos estatales y no estatales y miembros de sindicatos.

En las áreas temáticas nombradas arriba el Programa Estado de Derecho organiza en todos los países latinoamericanos, por un lado, seminarios, conferencias nacionales, regionales e internacionales, foros y cursos de capacitación. En estos eventos el programa a menudo invita expertos europeos, ante todo alemanes, para actividades de asesoría. Las actividades nombradas se preparan e implementan en lo posible conjuntamente con contrapartes latinoamericanas.

Por el otro lado, el Programa Estado de Derecho edita regularmente publicaciones jurídicas. Sólo durante el año 2002 aparecieron 17 publicaciones. Todas las publicaciones son distribuidas en bibliotecas de Facultades de Derecho, juzgados, Parlamentos, organizaciones de la sociedad civil etc. de todo el continente. Por eso se mantiene una base de datos que es permanentemente actualizada.

Las actividades descritas se complementan con programas de visita a Alemania para juristas de alto nivel. Más allá de estas visitas, la Fundación Konrad Adenauer ofrece una amplia oferta de becas de estudio dirigidas a jóvenes abogados que deseen capacitarse en Latinoamérica o en Alemania.

## Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional

### A. Requisitos del Estatuto

El Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno. Como única excepción *normativa* puede considerarse el artículo 70, inciso 4, letra *a*, que obliga a los Estados parte a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los delitos contra la Corte Penal Internacional (CPI) contenidos en el artículo 70.

Si bien esta es la única excepción normativa de la regla de que no hay obligación específica, podemos deducir más excepciones *fácticas* de, por un lado, la *obligación de cooperación* de los Estados parte (artículos 86 y ss.) y, por otro, del principio de complementariedad (artículo 17). En cuanto a lo primero, es claro que los Estados parte solamente pueden cumplir con su obligación de cooperación si tienen una legislación procesal adecuada, en particular una ley de cooperación con la CPI. El artículo 88 explícitamente exige que los Estados parte se aseguren “de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas de la presente parte”.

El principio de *complementariedad* presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional —caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo—, está obligado *de facto* a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto.

La cuestión se vuelve más complicada todavía si se toma en cuenta la compleja relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos indi-

viduales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional —por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.—, no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple y, en caso de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado como requisito mínimo. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una *obligación de facto* de implementación.

## B. Opciones de implementación<sup>1</sup>

Partiendo de las explicaciones de la sección A, es claro que la *opción cero* (véase cuadro B en la p. 29) no es ninguna opción. Los Estados parte tienen que introducir, por lo menos, normas que protegen la administración de justicia de la CPI (artículo 70.4) y un régimen procesal de cooperación con la CPI (implementación *limitada* o *parcial*). En todo caso, lo más recomendable es una implementación *total* o *completa*.

Los modelos a seguir dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado. En general, el sistema continental o de *civil law* —al cual pertenecen también la gran mayoría de los Estados de América Latina— no permite una *aplicación directa* de normas (penales) internacionales o una transformación de estas normas a través de una *referencia* al instrumento internacional por las exigencias de los principios *nullum crimen sine lege (certa)* y *nulla poena sine lege*. La cuestión es detalladamente discutida en el informe sobre Argentina en este libro acerca del caso *Simon*, más conocido como *Poblete* —fallo del 6 de marzo de 2001 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7 (juez Cavallo).<sup>2</sup>

En consecuencia, las opciones posibles para los países latinoamericanos son la adopción literal de los artículos 5 y ss. del Estatuto (modelo belga) o una codificación nueva en la parte especial del código penal (CP) o en una ley especial. Mientras el legislador alemán tomó la última opción, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se optó u optará por modificaciones al CP.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Véase detalladamente Werle, “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts”, *Juristenzeitung (JZ)* 2001, pp. 885, 886 y s.; también Werle-Jessberger, “International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law”, *Criminal Law Forum* 13 (2002), pp. 191, 193 y ss.

<sup>2</sup> El fallo es publicado en *Nueva Doctrina Penal* 2000, tomo B, p. 527. Véanse los puntos B.b.4 y F. del informe de Argentina en este libro.

<sup>3</sup> Véase el punto G de los informes nacionales en este libro.

### C. Problemas específicos

Aparte de la cuestión del rango y de la aplicación directa del Estatuto de Roma (artículos 5 y ss.) en la legislación interna, hay varios otros problemas que deben tomarse en cuenta en el proceso de implementación:

1. Si bien los crímenes codificados en los artículos 5 a 8 del Estatuto son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens* (en particular el genocidio), para algunos de ellos no es claro si el Estatuto establece el principio de *jurisdicción universal*. En contra de ello parece hablar la competencia limitada de la Corte sobre hechos cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado parte (artículo 12, inciso 2). Por otro lado, el Estatuto presupone que es “deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (Preámbulo, § 6). En todo caso, si bien los Estados parte no son *obligados* a introducir el principio de jurisdicción universal en su derecho interno, tienen el *derecho* de hacerlo. Así el nuevo Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]), que entró en vigor el 30 de junio de 2002,<sup>4</sup> prevé en su artículo 1 (ámbito de aplicación): “[E]sta ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestre ninguna relación con el territorio nacional”. Esta norma *sustantiva* se encuentra, sin embargo, limitada mediante una modificación procesal en la Ordenanza Procesal Penal alemana referente al ejercicio del principio de oportunidad por la fiscalía. Un nuevo § 153 *f* dispone que la fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible cuando el culpable no se encuentra en territorio nacional ni es de esperar su presencia (inciso 1) y cuando el hecho es perseguido por la CPI o por el Estado territorial del sospechoso o de la víctima (inciso 2). En otras palabras, la competencia alemana es subsidiaria a la CPI y a la de terceros Estados que asumen el juzgamiento del caso.

2. Si bien el *principio de culpabilidad* ha sido reconocido en derecho penal internacional ya en Nuremberg,<sup>5</sup> el principio de la responsabilidad del superior (*command responsibility*, artículo 28) choca con él en cuanto a la responsabilidad del superior por hechos cometidos por sus subordinados sin su conocimiento positivo o sin dolo (eventual).<sup>6</sup> Por lo tanto, el VStGB hace una distinción entre la responsabilidad

---

<sup>4</sup> *Bundesgesetzblatt* 2002 I p. 2254; traducciones en los idiomas oficiales de la ONU se encuentran en <[www.iuscrim.mpg.de/forsch/online\\_pub.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html)>.

<sup>5</sup> Véase Ambos, “Responsabilidad penal individual en derecho penal internacional”, *Revista Penal* (Salamanca) n° 7, enero 2001, pp. 5 y ss.; también en: idem, *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 63 y ss.

<sup>6</sup> Para un análisis detallado véase Ambos, *Temas...* (*supra* nota 5), pp. 117 y ss.; también en idem (coord.), *La nueva justicia penal supranacional*, Valencia (España), 2002, pp. 159 y ss.

del superior como *autor* de una omisión dolosa de impedir crímenes cometidos por sus subordinados (§ 4), es decir, de un delito impropio de omisión, y su responsabilidad como mero *cómplice* por infracción del deber de vigilancia u omisión de la comunicación de un delito (§ 13, 14).

3. En cuanto al *principio de legalidad material* (*nullum crimen sine lege*), especialmente en su forma de *lex certa*, el Estatuto prevé muchas figuras inciertas que pueden ser consideradas incompatibles con este principio. Ejemplos son los “actos inhumanos” del artículo 7.1, *k*, o los daños “claramente excesivos” en relación con la ventaja militar (artículo 8.2, *b*, iv). A este respecto, una implementación compatible con los requisitos constitucionales hace necesaria una concreción de estas conductas a través de una referencia a la parte especial del CP. Así, por ejemplo, el VStGB refiere, en cuanto a los actos inhumanos, al § 226 (lesión corporal grave) del CP alemán (§ 7.1, n° 8). Además, el principio *nulla poena sine lege* exige que la legislación interna asigne penas concretas a cada uno de los delitos.

4. En cuanto a la *cadena perpetua* (artículo 77), surge un problema para Estados que, como Colombia o Brasil, tienen prohibición constitucional expresa al respecto. Sin embargo, como se puede ver en los informes nacionales en este libro, esa prohibición no es un obstáculo insuperable para la ratificación e implementación del Estatuto. En todo caso, desde el punto de vista material tal prohibición parece poco convincente si los mismos Estados prevén penas *temporales* que no solo superan la posible cadena perpetua en otros Estados —por ejemplo, en Alemania<sup>7</sup>— sino también la cadena perpetua impuesta por la CPI, es decir, aproximadamente 37,5 años.<sup>8</sup>

5. Si bien el Estatuto distingue entre *extradición* entre Estados y *entrega* entre un Estado y la Corte (artículo 89), esta es una clarificación meramente terminológica que no resuelve el problema de fondo: se trata de la sustracción de un ciudadano de su jurisdicción nacional. Por lo tanto, es recomendable una modificación constitucional que permita la extradición o entrega a la CPI.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> La pena temporal máxima en Alemania es de 15 años (§ 39 inciso 2 del CP); la cadena perpetua es limitada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que exige que siempre debe existir la posibilidad de recuperar la libertad (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [BverfGE] 45, 187, 227 y ss.; 86, véase Jürgen Schwabe (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Selección de sentencias*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 18 y ss. Por lo tanto, existe la posibilidad de una suspensión del resto de la pena también en estos casos después de haber cumplido 15 años (§ 57a CP); así la pena raramente excede los 25 o 30 años.

<sup>8</sup> Aunque la cadena perpetua no está definida en el Estatuto, se puede deducir de la revisión de 25 años (artículo 110.3), considerando esto como dos terceras partes, que la pena puede llegar a 37,5 años (una tercera parte son 12,5 años).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 16, inciso 2, modificado de la Constitución alemana: “Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá establecer una *excepción* respecto a la extradición a un país miembro de la Unión Europea o a la *Corte Penal Internacional*, en la medida en que se respeten los principios del estado de derecho”.

6. En cuanto a la *inmunidad*, se debe distinguir entre la inmunidad frente a una *corte internacional* y entre *Estados*. En el primer caso no existe más la inmunidad como obstáculo procesal para la persecución de crímenes internacionales, como se desprende de todas las normas emitidas desde Nuremberg y recogidas en el artículo 27 del Estatuto de Roma. La situación es más compleja en cuanto se refiere a la persecución de estos crímenes por un tercer Estado, pues en este caso es aplicable la vieja regla de *par in parem non habet imperium* (entre iguales no hay quien domine), es decir, ningún Estado puede juzgar a otro persiguiendo a sus funcionarios (inmunidad estatal). La regla ha sido confirmada en la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Congo contra Bélgica*, en la cual la Corte declaró ilegal una orden de detención belga contra el ex ministro de Relaciones Exteriores del Congo por violar la soberanía del Congo.<sup>10</sup> Si bien la *ratio* de la inmunidad estatal y diplomática —la preservación del funcionamiento normal de las relaciones interestatales— no debe ser sacrificada sin más en favor de la jurisdicción universal para cada caso de injusticia en nuestro planeta, por otro lado no se debe pasar por alto que la criminalización internacional de violaciones graves de derechos humanos encuentra su más importante campo de aplicación en el caso de violadores que pertenecen al gobierno. En consecuencia, desde el punto de vista del derecho penal internacional la inmunidad no puede impedir la persecución si el sospechoso, como en el caso ante la CIJ, no ejerce ya funciones oficiales y por lo tanto no representa más al Estado afectado. Un concepto menos guiado por los intereses estatales pero más por los de los derechos humanos limitaría incluso la inmunidad de los jefes de Estado y miembros del gobierno todavía activos si los crímenes bajo examen son tan graves que el interés de persecución y castigo debe prevalecer sobre el funcionamiento normal de las relaciones internacionales.<sup>11</sup> Evidentemente, esto no puede ser decidido en abstracto sino solamente en cada caso particular.

En cuanto a posibles *acuerdos bilaterales* entre los Estados Unidos y Estados parte con base en el artículo 98,<sup>12</sup> parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (artículo 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (artículo 89). En todo caso, si esta obligación existe antes de un acuerdo bilateral, el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (artículo 18

---

<sup>10</sup> CIJ, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgement*, 14 February 2002, § 51 y ss. y pássim; opinión disidente de Higgins, Kooijmans y Buergenthal, § 81 y ss. Véase también la crítica de Cassese y Wirth en *European Journal of International Law* 13 (2002), pp. 853, 877; también Guilherme de Aragão, *Humanitäres Völkerrecht* 2002, pp. 77.

<sup>11</sup> Véase más detalladamente Ambos, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, 2003, observaciones preliminares a los § 3-7, notas marginales 135 y ss.

<sup>12</sup> Al 12 de marzo de 2003, 24 Estados habían firmado estos acuerdos; entre ellos tres de América Latina (El Salvador, Honduras y República Dominicana) que ni siquiera han ratificado el Estatuto. Véase <[www.iccnw.org/otherissuesimpunityagreements.html](http://www.iccnw.org/otherissuesimpunityagreements.html)>.

de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si *un acuerdo internacional* preexistente al Estatuto de Roma exige tal consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea<sup>13</sup> y una resolución del Parlamento Europeo.<sup>14</sup> Así, los “Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte”, aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de setiembre de 2002,<sup>15</sup> tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte, y señalan, *inter alia*, que:

- Deben tomarse en consideración los *acuerdos* internacionales *existentes*, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede serlo con otros acuerdos internacionales suscritos por ellos.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.

---

<sup>13</sup> Dictamen interno del 13 de agosto de 2002, publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, tomo 23 (2002), p. 15; en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 2002, p. 469.

<sup>14</sup> Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, “la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...] indebidamente” y expresa, en la letra F, su decepción “por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5\_TA-PROV[2002] 09-26; <[www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES)>; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 554).

<sup>15</sup> Sesión n° 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, doc. 12516/02, punto 6 “Corte Penal Internacional” con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>>; en alemán en *EuGRZ*, 2002, 665.

**CUADRO A. Requisitos del Estatuto**

**Regla:** No hay obligación específica

**Excepciones:**

- artículo 70 § 4 (delitos contra la administración de justicia)
- cooperación (artículos 86 y ss.) => normas procesales (artículo 88)
- complementariedad (artículo 17)
  - importancia de persecución nacional (véanse también Preámbulo y artículo 20.III)
  - ¿obligación de facto de implementar
    - vacíos en derecho nacional?
    - crímenes ordinarios?

**CUADRO B. Opciones de implementación****1. Ninguna implementación = opción cero**

- No es opción (véase *supra*, sección B)

**2. Implementación limitada**

- artículo 70.IV
- Normas procesales

**3. Implementación total/completa****a. Modelo de referencia (Reference model)**

- aplicación directa (África del Sur)
- referencia al Estatuto (Canadá, Nueva Zelanda)
- adopción literal (Bélgica)

**b. Modelo de codificación (especial) (Special codification model)**

- implementación *modificada* en Código Penal o Ley Especial (Alemania)

**CUADRO C. Problemas específicos**

- jurisdicción universal
- principio de culpabilidad
- principios de legalidad (material), certeza (*nullum crimen*); ej. *inhumane acts* (artículo 7.1, *k*), *clearly excessive* (artículo 8.2, *b*, *iv*)
- cadena perpetua (artículo 77, revisión artículo 110)
- extradición-entrega (artículo 89)
- inmunidad
  - derecho nacional
  - acuerdos bilaterales (artículo 98) (Estados Unidos)

# **Informes nacionales**

Ezequiel Malarino

## Argentina

### A. Introducción

La aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI)<sup>1</sup> en 1998 ha revitalizado la discusión acerca de la necesidad de implementar ya a escala nacional una legislación eficaz a fin de prevenir, perseguir y sancionar crímenes internacionales. Especialmente, a los Estados se les plantean dos cuestiones básicas: por un lado, cómo adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a los mandatos del ECPI y qué reformas son necesarias para ello;<sup>2</sup> por el otro lado, cómo regular la cooperación con la nueva Corte Penal Internacional (CPI).<sup>3</sup> El surgimiento de estas cuestiones presupone, desde luego, que el Estado esté dispuesto a comprometerse con la persecución de crímenes internacionales, sea de modo autónomo en el ámbito nacional, sea mediante la cooperación con otro Estado nacional, sea finalmente con la cooperación con la propia CPI. La República Argentina había mostrado, ya antes de la aprobación del ECPI en julio de 1998, una disposición estatal en la persecución de crímenes internacionales. En efecto, más allá de la posible identificación de este compromiso jurídico en el mismo texto constitucional originario (antiguo artículo 102, actual artículo 118),<sup>4</sup> este podía fundarse, sin dudas, a partir de la incorporación al derecho interno de numerosos convenios internacionales por medio de los cuales el Estado argentino se ha obligado a tomar las medidas legislativas necesarias a fin de penalizar diferentes crímenes de derecho internacional.<sup>5</sup> Este compromiso fue reforzado cuan-

---

<sup>1</sup> Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

<sup>2</sup> La necesidad de que los Estados nacionales adopten medidas en el plano nacional surge ya del 4º párrafo del preámbulo del ECPI. Sobre esto, cf. Ambos I, *pássim*.

<sup>3</sup> La necesidad de intensificar la cooperación internacional para asegurar la persecución de estos crímenes es resaltada en el 4º párrafo del preámbulo del ECPI. Sobre la obligación de cooperación y las disposiciones a ella atinentes, cf. artículos 86, 87 y 88 del ECPI.

<sup>4</sup> Cf. Ferrante, p. 433.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, conforme a los artículos 1 y 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, respecto del crimen de genocidio; los artículos 2 y 3 de la Convención

do la reforma constitucional de 1994 elevó a rango constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional argentina [CN]) a numerosos convenios internacionales que lo prescribían.

Sin embargo, la disposición estatal para perseguir crímenes internacionales asume hoy, con la aprobación del ECPI, una trascendencia diferente. Ciertamente, un Estado al ratificar el ECPI no solo revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que específicamente admite que, en el caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción —bien porque el Estado no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo—,<sup>6</sup> sea la CPI la autorizada a llevar adelante el proceso (principio de aceptación de la competencia de la Corte, artículo 12 del ECPI; principio de complementariedad, artículos 1 y 17 del ECPI, y principio de responsabilidad penal individual, artículo 25 del ECPI).<sup>7</sup> Desde esta perspectiva, la ratificación del ECPI por un Estado evidencia un grado de compromiso mayor que el de la ratificación de otros instrumentos de derechos humanos (especialmente por las consecuencias derivadas del no cumplimiento del compromiso jurídico de persecución al admitir la jurisdicción *penal* de la CPI). De este modo, la firma y ratificación del ECPI es una señal importante que evidencia el grado de voluntad de un Estado en llevar a la práctica el compromiso de perseguir un cierto núcleo de hechos que por su gravedad afectan a la comunidad internacional entera. Argentina ha dado este paso. En efecto, el 8 de enero de 1999 firmó el ECPI y apenas poco más de un año más tarde, el 8 de febrero de 2001, lo ratificó.

No obstante la (temprana) ratificación del ECPI por Argentina, no se encuentran todavía modificaciones en el ordenamiento jurídico penal nacional destinadas a implementar los compromisos asumidos con este acto. En términos generales, puede afirmarse en realidad que la ratificación de numerosos convenios internacionales de derechos humanos no ha empujado históricamente al país en el plano interno a refor-

---

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, respecto del crimen de *apartheid*; los artículos 2 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, respecto del crimen de tortura. Otra cuestión diferente es la de si estas convenciones requieren *necesariamente* la intervención del derecho penal y, específicamente, cuál es el contenido concreto de este deber (en el plano legislativo, en el de la persecución concreta) y cuáles son las consecuencias en caso de incumplimiento.

<sup>6</sup> Cf. artículo 17.1, letra *a* del ECPI: “[...] no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. También, artículo 17.1, letra *b*. La amplitud del término “no pueda realmente hacerlo” permite incorporar en él tanto la ausencia de condiciones fácticas como jurídicas.

<sup>7</sup> Sobre la autonomía de la jurisdicción de la CPI, que actúa incluso en contra de la voluntad de los Estados que han concurrido a crearla, cf. Picotti, p. 11.

mas en su legislación.<sup>8</sup> No obstante esta divergencia histórica entre el compromiso internacional asumido y la legislación interna concreta, a partir de la ratificación del ECPI han comenzado a surgir diversos proyectos de reforma a fin de adecuar el derecho interno argentino a las prescripciones de este instrumento internacional.<sup>9</sup>

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

Pese a la existencia de un deber de perseguir los crímenes internacionales fundado en el derecho internacional, y pese también al compromiso reforzado de persecución en razón de la ratificación del ECPI, el ordenamiento jurídico argentino no contiene normas penales que tipifiquen crímenes internacionales. En efecto, el derecho argentino no conoce en su legislación interna, ni en la parte general del Código Penal (CP), ni en el derecho penal complementario —salvo las contadas excepciones previstas por el Código de Justicia Militar (CJM) respecto de algunos crímenes de guerra—, ni finalmente en la forma de una codificación especial, como el Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), figuras penales tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión. En ausencia de tipos penales especiales, la persecución de estas conductas solo puede lograrse a través de los tipos del derecho penal clásico.<sup>10</sup> Esta afirmación presupone haber resuelto previamente, de modo negativo, la cuestión acerca de la posibilidad de recurrir *directamente* en el ámbito interno a las figuras penales del derecho penal internacional. Ello porque, en caso contrario, no habría necesidad de recurrir al derecho penal clásico, cuyas figuras fueron pensadas para juzgar hechos muy diversos de los que conforman el sustrato fáctico de los crímenes internacionales. En este sentido, si a pesar de la ausencia de tipos específicos de derecho penal internacional en la legislación interna de un Estado se pudiera echar mano directamente a los crímenes internacionales tal como se prevén en las convenciones internacionales o en la costumbre internacional,<sup>11</sup> se evitaría el problema del diverso contenido de ilicitud que expresan las figuras de crímenes internacionales respecto de las del derecho penal común.

---

<sup>8</sup> La carencia de normas específicas en el ámbito interno para la persecución de crímenes internacionales contesta ya anticipadamente de modo negativo la cuestión acerca de la existencia de especialidades en la persecución de crímenes internacionales en Argentina. Sobre el rendimiento del artículo 118 de la Constitución nacional (CN) para la introducción de normas de derecho penal internacional en el ámbito interno, véase punto B II del presente.

<sup>9</sup> Sobre los proyectos de reforma, cf. sección G I.

<sup>10</sup> En los puntos siguientes (B I, II, III y IV) se tratará, diferenciadamente para cada uno de los crímenes internacionales aquí analizados, la cuestión relativa a si, cómo y en qué medida los tipos penales del derecho penal común pueden servir para reprimir las conductas tipificadas en el ECPI como crímenes internacionales. En el caso de los crímenes de guerra también serán analizadas las figuras especiales previstas en el CJM.

<sup>11</sup> Acerca de la costumbre internacional, cf. Roberts, p. 757; Cassese, pp. 119-126.

En este sentido —aunque, por ejemplo, para juzgar los hechos ocurridos durante la última dictadura militar argentina se recurra a los tipos penales de homicidio, privación ilegítima de la libertad, etcétera— es claro que el contenido de injusto que ellas expresan no puede asimilarse al del crimen de genocidio o los crímenes de lesa humanidad. El juzgar estos hechos con los tipos del derecho penal clásico se debe, por un lado, a la carencia en la legislación argentina de tipos penales específicos y, por el otro, a la imposibilidad de aplicación directa de los crímenes internacionales previstos en las convenciones internacionales o por la costumbre internacional. Sin embargo, en el ámbito interno esta última cuestión no ha sido, en general, discutida.<sup>12</sup> La utilización del derecho penal clásico para juzgar este tipo de hechos, pese a sus imperfecciones, no ha sido el producto de una exhaustiva discusión cuyo resultado haya arrojado como conclusión la imposibilidad de recurrir directamente en el orden jurídico interno a las figuras de crímenes internacionales contempladas en las convenciones internacionales o por la costumbre internacional.

En lo que sigue se presentarán los motivos que juegan en favor de una aplicación directa de estas normas y aquellos que, por el contrario, se pronuncian en contra de esta posibilidad. En primer lugar, se expondrá cómo se recibe el derecho internacional en el derecho interno argentino. En segundo lugar, se analizará la cuestión de si es posible recurrir directamente a los tipos penales internacionales tal como están formulados en diferentes convenciones internacionales o como surgen de la costumbre internacional. Debido a que estas cuestiones son comunes a todos los crímenes internacionales, se tratarán conjuntamente. La conclusión de este análisis ya ha sido adelantada: en Argentina no es posible el juzgamiento de una persona con base exclusiva en tipos penales recabados de la costumbre internacional o de convenciones internacionales.

Luego de exponer estos motivos quedará sí el camino libre para analizar de qué modo es posible que las conductas que conforman el sustrato fáctico de los crímenes internacionales sean castigadas con las normas del derecho penal clásico, contenidas en el CP. El recurso a esta vía, que ha sido, por otra parte, la transitada por los tribunales argentinos a la hora de juzgar los severos crímenes cometidos por quienes detentaron el poder entre los años 1976 y 1983, implica reconocer que el mayor contenido de injusto de estos hechos solo podrá expresarse en el campo de la determinación de la pena.

---

<sup>12</sup> La posibilidad de recurrir directamente a normas de derecho penal internacional fue analizada por Ferrante, pp. 432 y ss., especialmente pp. 448 y ss. En la jurisprudencia, véase el fallo *Simon* del 6/3/2001, conocido como el caso *Poblete*, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, pp. 527 y ss. y el voto del juez Petracchi en *Priebke* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 2/11/1995, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, pp. 331 y ss.

### ***I. La aplicabilidad del derecho internacional en el ámbito interno***

Es ya una opinión común la postura tradicional según la cual queda reservada a cada Estado la decisión acerca de la forma de integración del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno.<sup>13</sup> En efecto, cada Estado es autónomo para decidir si el derecho internacional ingresa automáticamente (modelo monista) o si, por el contrario, en el ámbito interno se requiere de una ley de implementación que recepte el contenido de la norma de derecho internacional (modelo dualista). Del mismo modo, corresponde a cada Estado la decisión de cómo (conformación concreta)<sup>14</sup> y con qué rango ingresa el derecho internacional en el ámbito interno y, asimismo, la de cuáles serán los mecanismos internos de protección.<sup>15</sup>

Antes de la reforma constitucional de 1994, la doctrina y jurisprudencia argentinas solucionaban las cuestiones referidas a la aplicación del derecho internacional (contractual) y a la de su posición dentro del ordenamiento interno principalmente basándose en el artículo 31 de la CN, que en su primera parte dispone:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.<sup>16</sup>

Con base en el texto de este artículo se entendía que el constituyente de 1853 había adoptado un modelo de *incorporación automática* del derecho internacional (contractual) en el ámbito interno y que los tratados internacionales ratificados se ubicaban en una relación de paridad jerárquica con las leyes nacionales, quedando ambos subordinados a la CN. Pese a la existencia de este consenso, la doctrina y la jurisprudencia discutieron largamente sobre los alcances concretos de su contenido. La discusión —que perduró hasta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso *Ekmekdjian*, en 1992— giraba especialmente en torno a dos cuestiones. En primer lugar, se discutía sobre la *exigibilidad* de las disposiciones de los tratados incorporados *automáticamente* al derecho interno. Parte de la doctrina (y también alguna jurisprudencia) sostenía que la exigibilidad ante los tribunales nacionales de un derecho reconocido en un tratado internacional dependía, de todos modos, de la existencia de una norma interna que lo tutelase. De este modo, se argumentaba que el compromiso jurídico internacional asumido con la ratificación de un tratado era solo de naturaleza *programática*.<sup>17</sup> Este punto de vista se oponía al de

---

<sup>13</sup> Cf. Pinto, p. 63; Abregú, p. 7.

<sup>14</sup> De todos modos, esta afirmación debe ser mitigada, ya que de ciertas normas de derecho internacional pueden surgir obligaciones para los Estados de conformar la legislación interna de determinada forma.

<sup>15</sup> Cf. Abregú, p. 7; Ayala Corao, p. 789.

<sup>16</sup> Se recurría, además, al artículo 27 de la CN, que establece: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

<sup>17</sup> Este fue el criterio de la CSJN en el caso *E. F. E.*, Fallos 310: 1081.

quienes afirmaban la *directa operatividad* de los tratados internacionales en el derecho interno, obviando la necesidad de recurrir a una ley que receptara en su cuerpo el contenido del tratado. En segundo lugar, la afirmada *paridad de jerarquía* entre una ley nacional y un tratado internacional provocaba problemas de interpretación en los casos en que una ley nacional posterior entraba en contradicción con un tratado ya ratificado. La cuestión residía en si la ley nacional posterior divergente autorizaba el incumplimiento del tratado y, en su caso, si los tribunales locales estaban autorizados a revisar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de normas de derecho internacional. En 1963, en el caso *Martín*,<sup>18</sup> la CSJN se abocó al problema, sentando la doctrina que iba a perdurar hasta 1992: la CN no atribuye prelación a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos integran el ordenamiento jurídico interno en igualdad de jerarquía. En caso de un conflicto entre estas normas, la respuesta debe guiarse por el principio según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores (*leges posteriores priores contrarias abrogant*).

Estas cuestiones tuvieron un cierre definitivo en 1992, a raíz de la doctrina sentada por la CSJN en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*.<sup>19</sup> El fallo, que acertadamente ha sido calificado como un verdadero *leading case* en la materia,<sup>20</sup> tiene el mérito de haber establecido nuevas pautas para la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno. En cuanto aquí interesa, la CSJN, por un lado, sentó el principio de la jerarquía superior de los tratados internacionales respecto de las leyes nacionales y, por el otro, consagró su *directa operatividad*, esto es, su exigibilidad automática ante los tribunales locales. Dos años más tarde, la reforma constitucional de 1994 confirmaría y profundizaría la línea adoptada en este precedente, proclamando expresamente la jerarquía superior de los tratados respecto de las leyes y dotando a algunos de ellos con rango constitucional.<sup>21</sup> El nuevo artículo 75, inciso 22, de la CN, que regula la materia, dispone:

Corresponde al Congreso: [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto

<sup>18</sup> CSJN, Fallos 257: 99.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos 315: 1492. Más detalles sobre el fallo en Abregú, pp. 12-13; Ferrante, pp. 409-411.

<sup>20</sup> Abregú, p. 13.

<sup>21</sup> Estas reformas se produjeron sin alterar el texto de los artículos 27 y 31 de la CN, por medio de los cuales se regulaba la materia hasta 1994, posibilidad esta directamente vedada por la ley 24.309 en la cual se declaraba la "necesidad de la reforma".

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [Cursivas añadidas.]

De esta forma, la pirámide normativa en el derecho argentino ha sido transformada. En su cúspide, conformando lo que se ha dado en llamar el *bloque de constitucionalidad*,<sup>22</sup> se encuentran ahora la CN, los tratados sobre derechos humanos taxativamente mencionados por el constituyente y los que sean constitucionalizados por el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 75, inciso 22.<sup>23</sup> En el plano infraconstitucional se ubican, en primer lugar, los tratados internacionales ratificados por la República y, por debajo de ellos, las leyes de la Nación. La concesión de jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales tiene el importante efecto de permitir a los tribunales locales la directa aplicación de un tratado constitucionalizado a fin de declarar inconstitucional una ley que se le oponga.<sup>24</sup> Cualquier juez argentino está autorizado, por tanto, a declarar la incompatibilidad constitucional de una ley y, debido a ello, su no aplicación en el caso concreto, cuando ésta colida con un tratado internacional de jerarquía constitucional.

Sin embargo, y pese a la aplaudida reestructuración de la pirámide normativa, el texto del inciso 22 del artículo 75 no ha estado exento de críticas. Más allá de las referidas a su errónea ubicación sistemática (en la parte en que la CN regula las atribuciones del Congreso Federal), la doctrina se ha ocupado de recalcar su defectuosa y confusa técnica legislativa.<sup>25</sup> Estas insuficiencias en la redacción de la norma constitucional condujeron a la doctrina a una ardua disputa sobre los alcances mismos de la

<sup>22</sup> Bidart Campos, I, p. 78.

<sup>23</sup> Hasta la fecha se ha elevado a rango constitucional con posterioridad a la reforma la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, BO, 29/05/97).

<sup>24</sup> Parte de la doctrina entiende que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos tiene también la consecuencia de incorporar en el ámbito interno los principios de interpretación del derecho internacional; por ejemplo, los principios *pro homine*, interpretación de buena fe, el *pacta sunt servanda* y aquellos referidos a la finalidad y el objeto de los tratados. Cf. en este sentido, Abregú, pp. 18 y ss.

<sup>25</sup> Cf. Abregú, p. 14, quien habla de una “cuestionable ingeniería constitucional”. También Moncayo, p. 98.

reforma. La discusión se centró básicamente en la relación de jerarquía entre la CN y los tratados constitucionalizados. El problema surge por cuanto el artículo 75, inciso 22, luego de afirmar la jerarquía constitucional de los tratados allí mencionados, establece que ellos *no derogan* artículo alguno de la primera parte de la CN sino que deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías que esta prevé.

Para una parte de la doctrina, en caso de conflicto entre la CN y los tratados constitucionalizados, debe prevalecer la primera. El problema habría sido resuelto de antemano por el propio constituyente al afirmar el carácter complementario de estos tratados y la imposibilidad de que pudieran derogar artículo alguno de la primera parte de la CN, es decir, la que establece los derechos y garantías de los individuos (artículos 1 a 43). Según este punto de vista, los tratados con jerarquía constitucional, aunque conforman el bloque de constitucionalidad, se ubicarían en un plano levemente inferior al de la CN.<sup>26</sup> Se admite de este modo la posibilidad de la existencia de relaciones intrajerárquicas dentro de un sistema de normas que revisten *todas* jerarquía constitucional.

Este punto de vista ha sido criticado por parte de la doctrina con el argumento de que no sería admisible la existencia de diferentes niveles de jerarquía dentro del mismo plano constitucional. La CN y los tratados constitucionalizados compondrían un *plexo indisociable* de derechos y garantías.<sup>27</sup> La posibilidad de contradicción entre la CN y los tratados con jerarquía constitucional estaría excluida de antemano por la aplicación de la conocida regla de hermenéutica constitucional que exige una *interpretación armónica*. En palabras de Bidart Campos:

[...] en un conjunto normativo [...] que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto *tienen un sentido y un efecto*, que es el de *articularse en el sistema* sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> En este sentido, entre otros, Dalla Via, comentario al inciso 22 del artículo 75, p. 49. El autor también acude a los artículos 27 y 31 de la CN para reforzar la supremacía de esta respecto de los tratados internacionales. Específicamente, argumenta que permanece en vigor el artículo 27 de la CN, el cual establece que los tratados (sin distinción entre constitucionalizados y simples) deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos por la Constitución”. Quien sostenga esta posición tendrá que concluir —si quiere obrar consecuentemente— en que la reforma de 1994 ha tenido por resultado no ya la elevación, sino incluso la disminución del rango del derecho penal internacional, es decir, que tuvo en los hechos un efecto diverso del propuesto. En efecto, si se coincide en que todo el derecho penal internacional tenía rango constitucional ya con la CN de 1853, a través del actual artículo 118 de la CN (antiguo artículo 99 y posteriormente 102) (cf. punto B II 3 del presente), entonces la interpretación según la cual los tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la CN, aunque constitucionalizados, se encuentran en un nivel inferior al de la CN sugeriría que, en relación con las normas de estos tratados que son *de derecho penal internacional*, la reforma expresamente habría querido disminuir su rango, en lugar de aumentarlo.

<sup>27</sup> Bidart Campos, I, pp. 86 y ss.

<sup>28</sup> Cf. Bidart Campos, I, p. 86 (cursivas añadidas).

De esta forma, se interpreta que la alusión a la *no derogación* efectuada por el artículo 75, inciso 22, de la CN no tiene otro efecto que reafirmar la regla de hermenéutica constitucional según la cual las disposiciones de un mismo cuerpo normativo deben interpretarse congruente, coherente y armónicamente. De ahí que la mención de que los tratados constitucionalizados deben entenderse *complementarios* no pueda significar que ellos sean de aplicación subsidiaria de los derechos y garantías previstos en la parte dogmática de la CN, sino que con ello se alude al *carácter integrativo* de las normas de los tratados constitucionalizados con las de la CN.<sup>29</sup>

## II. *La incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno por medio del artículo 118 de la CN*

Otro camino para fundar la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno puede encontrarse en la referencia al *derecho de gentes* contenida en el artículo 118 de la CN. La norma, que proviene de la redacción originaria de la CN de 1853-60, había pasado desapercibida por largo tiempo a la doctrina y la jurisprudencia, que solo en los últimos años han comenzado a recurrir a ella como fuente de incorporación del *ius gentium*.<sup>30</sup> Este artículo establece:

Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa *fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes*, el congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. [Cursivas añadidas.]

---

<sup>29</sup> En este sentido, Moncayo, pp. 98 y ss; Ekmekdjian, comentario al artículo 31, p. 268; Baeza, en comentario al artículo 75, inciso 22, p. 207, expresa: “los derechos que consagran los tratados y las declaraciones que de esta manera adquieren rango constitucional no atentan contra las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional, sino que las complementan, explicitan o perfeccionan, de suerte que aquellos alcanzan una integridad y plenitud, acorde con el desarrollo progresivo de los derechos humanos [...]”. La exigencia de la utilización de una interpretación armónica es también un criterio constante en la jurisprudencia de la CSJN: “La hermenéutica de la constitución no debe efectuarse jamás de modo tal que queden frente a frente los derechos y deberes enumerados para que se destruyan recíprocamente, sino que debe procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida [...]”, cf. CSJN, Fallos 246: 345; 251: 86; 258: 267; 301: 771. La tesis de la imposibilidad de contradicción entre una norma de la CN y un tratado con jerarquía constitucional es avalada, finalmente, con otro hilo de argumentación. La alusión a la *no derogación* expresaría solamente la verificación por el constituyente de un juicio sobre la compatibilidad de las normas constitucionales referidas a los derechos y garantías vigentes antes de la reforma (y que iban a subsistir inalteradas) y las normas de los tratados que se iban a elevar a jerarquía constitucional. El constituyente ya habría realizado un juicio afirmando la compatibilidad entre tales cuerpos normativos, cerrando así la posibilidad de que ese juicio sea revisado por algún órgano del poder constituido. Cf. en este sentido Moncayo, p. 99.

<sup>30</sup> Acentúan la falta de atención prestada por la doctrina a esta norma, entre otros, Bidart Campos, II, p. 325; Abregú, p. 15. No obstante este *despertar* de la doctrina y jurisprudencia, la fundamentación

A pesar, una vez más, de su deficitaria ubicación sistemática (en la parte donde la CN regula las atribuciones del Poder Judicial), esta norma contiene dos principios trascendentales en la materia. Por un lado, recoge el principio de jurisdicción universal para los crímenes contra el derecho de gentes. Por el otro, incorpora el derecho de gentes *en materia penal* al derecho interno. Esta limitación al derecho penal internacional surge claramente del texto del artículo 118 de la CN, en cuanto se refiere a *delitos contra el derecho de gentes*. De esta forma, el derecho penal internacional encontraría una fuente de incorporación adicional al derecho interno: no solo mediante la ratificación de tratados internacionales (derecho penal internacional contractual), sino *en general* por la remisión del artículo 118. Por ello, ya en el comienzo puede afirmarse que la fórmula abierta del artículo 118 de la CN otorga una puerta de ingreso a *todo* el derecho penal internacional. En lo que sigue se analizará el verdadero alcance de esta afirmación y, en general, se indagará sobre el concreto rendimiento de la norma en la incorporación de las normas penales del derecho internacional al ámbito interno. Antes se debe señalar, solamente, que con seguridad ella evidencia una voluntad estatal bien definida en favor de la obligación de perseguir crímenes internacionales.<sup>31</sup>

La obtención del verdadero significado de la norma en la incorporación al ordenamiento jurídico interno del derecho penal internacional requiere la solución de algunas cuestiones que se plantean, principalmente, debido al heterodoxo modo de su recepción mediante la fugaz (e imprecisa) mención en el artículo 118 de la CN. La solución de estos interrogantes, que serán tratados seguidamente, permitirá descubrir en qué medida es posible en Argentina una persecución penal con base directa en el derecho penal internacional y, en particular, si es posible aplicar directamente, en ausencia de una legislación nacional específica, los tipos penales del derecho internacional en el ámbito interno.

#### 1. *La extensión de la incorporación del derecho penal internacional en el ámbito interno por el artículo 118 de la CN*

La afirmación inicial efectuada, en el sentido de que mediante la fórmula abierta del artículo 118 de la CN ingresa en el ámbito interno *todo* el derecho penal internacional, requiere algunas precisiones, pues puede referirse a diversos aspectos. En prin-

---

de la incorporación del derecho de gentes con base en el artículo 118 de la CN ya había sido la interpretación del juez Casares, ex presidente de la CSJN, en el fallo *Merk* (CSJN, Fallos 211: 161). En este fallo, Casares argumentaba que, más allá de la incorporación del derecho internacional a través de los tratados internacionales, el derecho de gentes se incorporaba también a través del artículo 102 de la CN (actual 118).

<sup>31</sup> Cf. Ferrante, p. 433. Esta idea ya había sido expresada por el juez Schiffrin en su voto en el caso *Schwamberger* (*El Derecho*, t. 135, p. 323 y ss.): “comprometiéndose por lo tanto la República a perseguir los delitos contra el derecho de gentes (artículo 102 *in fine*)”, cf. considerando 20, p. 333.

cipio, con ello se alude a las fuentes del derecho penal internacional. En este sentido, la amplitud de la fórmula empleada no admite ninguna hesitación en cuanto a que por medio del artículo 118 ingresa todo el derecho de gentes en materia penal, sin distinguir que su base sea contractual o no lo sea.

Una cuestión diferente y más problemática es aquella relativa a la extensión con que estas fuentes introducen el derecho penal internacional. De otro modo: la alusión exclusiva en el artículo 118 de la CN a los *delitos* contra el derecho de gentes ¿implica que la incorporación al derecho interno se limita a las figuras penales internacionales (crímenes de genocidio, lesa humanidad, etcétera) o, por el contrario, pese a su formulación literal, ella incorpora, junto a estas, también todas las reglas y principios del derecho penal internacional? En favor de la tesis restringida parecería hablar, en una primera impresión, la propia literalidad de la norma. Por el contrario, la escasa doctrina que se ha ocupado del tema ha dado por descontado, sin discutir o advertir la posibilidad de una interpretación alternativa, que la norma incorporaba, además de los crímenes internacionales, también todos los principios y reglas del derecho penal internacional.<sup>32</sup> En lo que sigue se intentará demostrar por qué asiste razón a la doctrina en su interpretación amplia, y en tal propósito se torna necesario explicar, primero, por qué la mera literalidad de la norma no brinda información alguna en favor de la tesis restringida. Con ello quedará despejada la objeción más fuerte que se le podría oponer a la tesis amplia.

El argumento en favor de una interpretación restringida desaparecerá si se puede probar que la inclusión de la palabra *delito* en el artículo 118 de la CN encuentra, en realidad, una explicación diversa de aquella de limitar la incorporación únicamente a los crímenes internacionales. Una interpretación diversa del porqué de la inclusión de la palabra *delito* puede encontrarse si se atiende al contexto mismo en el que tal palabra es empleada dentro de la norma, es decir, a la norma en su integridad. En este sentido, es la defectuosa ubicación sistemática de la incorporación del derecho de gentes en materia penal, a través del artículo 118 de la CN (y no, por ejemplo, su inclusión más prolija en un catálogo de fuentes), la que ha conducido a la utilización de una técnica legislativa que resulta inadecuada para regular la incorporación de esta fuente normativa, aunque pueda sí resultar correcta para legislar otros aspectos que la propia norma tiene en miras.

En efecto, el artículo 118 regula principalmente dos cuestiones: por un lado, los principios con base en los cuales se determina el lugar de juzgamiento de los casos penales; por el otro, el juicio por jurados como forma constitucionalmente exigida de realización de estos juicios. Solo de modo fugaz y, fundamentalmente, solo en la medida en que establece una limitación al principio del *forum delicti comissi*, normado en su primera parte, el artículo se refiere a los delitos contra el derecho de gentes.

---

<sup>32</sup> Entre otros, Schiffrin, I, p. 415; Abregú, pp. 15-16.

La inclusión de la palabra *delito* se explica, justamente, porque la norma, al regular el lugar en que habrá de realizarse el juicio, da una respuesta diferenciada según el lugar de comisión del *delito*. Así, el artículo 118 regula de modo general como principio para todos los delitos el del *forum delicti commissi*: cuando el hecho sea cometido dentro del territorio nacional el juicio “se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el *delito*”. Pero inmediatamente agrega la excepción a este principio: “pero cuando *éste* se cometa fuera de los límites de la Nación, *contra el derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (cursivas agregadas). En este sentido, la utilización del adjetivo demostrativo *éste* (que reemplaza al sustantivo *delito*) no tiene el fin de excluir la parte del derecho penal internacional que no son delitos, sino que, más bien, su utilización viene impuesta por una necesidad propia de la materia que está regulando: el artículo 118, en su tarea de normar el lugar donde haya de seguirse el juicio, no puede más que hablar del lugar de la comisión de un *delito*.

De este modo, de los términos de la expresión *delitos contra el derecho de gentes* no se puede fundamentar una exclusión de la aplicación de los principios y las reglas del derecho penal internacional al ámbito interno. Despejada esta objeción, la única función que le puede caber a la palabra *delito* es aquella de dar información sobre la naturaleza penal del derecho de gentes al cual alude el artículo 118, del mismo modo que lo hace ya todo el artículo en cuanto se refiere a casos criminales. La consecuencia, por un lado, de la negación de una función excluyente de la palabra *delito* —en el sentido de impedir la incorporación al derecho interno de todos los elementos del derecho de gentes en materia penal que sean diferentes a las figuras penales internacionales y, por el otro, de la asignación a esta de una función limitada a reafirmar, como surge ya de todo el artículo 118 de la CN, que se está frente a casos penales— no es otra que la de realzar el significado de la expresión *derecho de gentes en materia penal* como única base para interrogar acerca de la extensión de la incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno. Y esto significa, al mismo tiempo, afirmar que todo el derecho penal internacional, incluidos no solo sus figuras penales (genocidio, crímenes, contra la humanidad, etcétera) sino también sus principios y sus reglas (imprescriptibilidad, inexcusabilidad de la orden del superior, etcétera), se incorporan a través del artículo 118 de la CN al ordenamiento jurídico argentino.<sup>33</sup> De esta forma, ya no existe ningún argumento para negar la interpretación amplia arriba aludida.

El último interrogante relativo a la extensión se refiere a cómo se incorpora el derecho penal internacional en el derecho interno. Este se plantea debido a que, sin dudas, el entendimiento actual del conjunto de conductas y principios incluidos en el

---

<sup>33</sup> Un problema que en este trabajo no se puede afrontar es el relativo a establecer cuáles son las reglas del derecho penal internacional y, especialmente, qué principios conforman la costumbre internacional y el llamado *ius cogens*. Este problema no es, por lo demás, uno propio del derecho argentino.

concepto *derecho de gentes en materia penal* es diferente de aquel que seguramente tuvieron los constituyentes de 1853 al sancionar la norma. No solo hubo notables variaciones en el entendimiento de algunos principios del derecho penal internacional, sino que incluso el concepto mismo de crímenes internacionales ha sido objeto de un amplio desarrollo, principalmente una vez finalizada la segunda guerra mundial con la realización de los juicios de Nuremberg y Tokio.<sup>34</sup> Sin embargo, el problema pierde dimensión a poco que se advierta que en materia de interpretación constitucional la doctrina es conteste en afirmar que las normas que contengan *cláusulas abiertas* (tal la referencia al derecho de gentes por el artículo 118 de la CN, es decir, sin ninguna otra especificación) deben ser interpretadas de un modo *dinámico*.<sup>35</sup> En otras palabras: el recurso a una interpretación subjetiva, fundada en la intención del constituyente, cede frente a una interpretación objetiva de la norma, pues de este modo se permite una interpretación adecuada a la evolución social. Ello significa que al interpretar el término *derecho de gentes en materia penal* se deben tener en consideración las valoraciones progresivas que a través del tiempo han ido modificando el contenido del concepto, para arribar así a su sentido actual. Se recurre, en suma, a datos extraconstitucionales para cumplir genuinamente con la CN.<sup>36</sup> De este modo, se evita la llamada *esclerosis interpretativa*.<sup>37</sup>

## 2. *Extensión territorial de la incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno con base en el artículo 118 de la CN*

En este punto, el interrogante se refiere al sentido que cabe asignarle a la frase “fuera de los límites de la Nación” contenida en el artículo 118 de la CN. Una mera lectura podría sugerir que ella excluye de la aplicación de las reglas del derecho de gentes a los crímenes internacionales cometidos dentro del territorio nacional. Sin embargo, una interpretación de este modo descuida el contexto en el cual la norma se ubica. La especificación de los delitos contra el derecho de gentes cometidos *fuera del territorio nacional* tiene el único propósito de exceptuar estos crímenes, cometidos en este ámbito espacial determinado, de la regla de principio del *forum delicti commissi* establecida en la primera parte del artículo. De este modo, los crímenes (comunes o contra el derecho de gentes) que se cometan dentro del territorio nacional serán juzgados en el lugar (provincia) en que fueron cometidos. En cambio, si se trata de crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional, al no poder aplicarse fácticamente la regla del *forum delicti commissi* (por la obvia razón de que una

---

<sup>34</sup> Sobre la evolución del derecho penal internacional, cf., por todos, Ambos, II, pp. 78 y ss. y 383 y ss.

<sup>35</sup> Cf. Sagües, pp. 36-37; Bidart Campos, III, p. 1; Colautti, I, p. 1101; Colautti, II, p. 996.

<sup>36</sup> Sagües, pp. 36-37.

<sup>37</sup> El término es de Bidart Campos, III, p. 1.

norma argentina no podría asignar la competencia de tribunales nacionales fuera de la República), la CN impone al Congreso que, mediante una ley especial, determine el lugar dentro de la República donde el juicio deba llevarse a cabo, afirmando de este modo, a su vez, respecto de estos delitos el principio de jurisdicción universal (extra-territorial). Por ello, la mención exclusiva a los crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional no tiene el fin de limitar la aplicación del derecho de gentes únicamente a este tipo de crímenes cuando se cometan fuera de las fronteras argentinas. De una visión integral de la disposición se comprende que ella permite también la aplicación de las normas del derecho de gentes en materia penal a los crímenes internacionales cometidos en el territorio argentino. La confusión se debe, una vez más, a la deficiente incorporación normativa, en una parte de la CN no adecuada para ello sino, más bien, dedicada a otros fines.

3. *La jerarquía de la incorporación del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN*

En doctrina, hoy existe consenso en afirmar que el derecho penal internacional integra por la vía del artículo 118 el derecho interno argentino.<sup>38</sup> Esta afirmación no dice nada, sin embargo, respecto del lugar que ocupa el derecho penal internacional en el derecho interno, es decir, con qué nivel jerárquico ha sido incorporado. Esta respuesta debe buscarse, fundamentalmente, en las normas constitucionales que regulan el orden jerárquico entre las diferentes normas del sistema, esto es, en los artículos 27, 31 y 75, inciso 22, CN. Con base en estas normas, como ya fue expresado, la pirámide normativa queda conformada de la siguiente manera: en su cúspide, conformando el bloque de constitucionalidad, la CN y los tratados sobre derechos humanos taxativamente mencionados por el constituyente; en el plano infraconstitucional se ubican, en primer lugar, los tratados internacionales y, por debajo de ellos, las leyes de la Nación. Como se advierte, la CN no menciona específicamente el derecho penal internacional al regular el rango normativo, sino únicamente en modo general los tratados internacionales. La referencia exclusiva a los tratados internacionales es en un sentido más amplia y en otro más estrecha que el término *derecho penal internacional*. Es más amplia, ya que alude a todos los tratados internacionales (de naturaleza penal y no penal). Es más restringida porque se refiere solamente al derecho internacional con base contractual. Por tal razón, estas normas podrían servir tan solo para dar información respecto del rango normativo del derecho penal internacional contractual. La amplitud de la expresión *delitos contra el derecho de gentes* contenida en el artículo 118 de la CN, permite, sin embargo, el ingreso, no solo del derecho penal internacional con base contractual, sino también del derecho penal internacional no

---

<sup>38</sup> Cf. Schiffrin, I, pp. 414-415; Schiffrin, II, pp. 117-118; Abregú, p. 15; Colautti, I, p. 1100; Bidart Campos, II, p. 325.

contractual. Entonces, ¿con qué rango normativo ingresa el derecho penal internacional según el artículo 118 de la CN?

Una primera respuesta podría buscarse en la ley 48, sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, cuyo artículo 21 establece:

Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y *los principios del derecho de gentes*, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, *en el orden de prelación que va establecido*. [Cursivas añadidas.]

De acuerdo con esta norma, los principios del derecho de gentes de base no contractual<sup>39</sup> tendrían una jerarquía inferior no solo a la CN y a los tratados constitucionalizados, sino también a los demás tratados internacionales y a las leyes nacionales y provinciales. Sin embargo, una opinión así no parece que sea la correcta. En lo que sigue se intentará demostrar que *todo* el derecho penal internacional tiene rango constitucional y, por ello, que con la alusión al derecho de gentes en el artículo 21 de la ley 48 no se incluye el derecho *penal* de gentes.

La tesis de la asignación de la jerarquía normativa del derecho penal internacional con base en el artículo 21 de la ley 48 descuida el hecho incontrastable de que es la propia CN, a través de su artículo 118, la que admite al derecho penal internacional y que al normar esa incorporación no ha establecido ninguna pauta que delimite su rango jerárquico. En efecto, cuando la CN ha querido establecer una diferenciación en los niveles jerárquicos de las normas (o una subordinación a ella), lo ha hecho expresamente. Así, por ejemplo, aun cuando la incorporación del derecho internacional contractual puede fundarse en la propia CN, es decir, la incorporación tiene *base* constitucional, en el sentido de que está prevista por normas constitucionales (artículos 27; 31; 75, inciso 22; 99, inciso 11; 116, CN), no todos los tratados internacionales gozan de *rango* constitucional (e incluso antes de la reforma de 1994 ninguno de ellos gozaba de él). De este modo, la ausencia de mención en el artículo 31, CN, no tendría el efecto de permitir al legislador inferior fijar el rango con el cual se incorpora el derecho penal internacional, sino que, al contrario, estaría indicando que éste forma parte de la misma CN y goza por tanto de su mismo rango. Carecería de sentido admitir que el legislador ordinario pueda establecer que una fuente normativa, valorada tan altamente por la CN al punto de incluirla entre sus normas, tenga no solo rango infraconstitucional, sino incluso infralegal, conclusión esta a la que se arribaría con base en el artículo 21 de la ley 48. El establecimiento de jerarquías entre las normas incorporadas constitucionalmente es tarea que le compete, única y exclusiva-

---

<sup>39</sup> Los tratados internacionales tienen, según esta norma, una jerarquía superior al resto del derecho de gentes. De todos modos, el rango de los tratados internacionales debe adecuarse a las nuevas previsiones dadas por la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22, CN).

mente, al constituyente. Si este no prevé una disciplina especial, se entiende que en nada difiere del nivel de las *demás* normas constitucionales. En este marco, el artículo 21 de la ley 48 no se referiría al derecho penal internacional, cuyo rango ya es constitucional, sino al resto del derecho de gentes, es decir, al derecho internacional no penal (y dentro de él al no contractual, ya que respecto del contractual la misma CN ha tomado previsiones específicas).

De esta forma, el derecho internacional se introduciría en el derecho argentino con diferentes valores: a) con rango constitucional, el derecho penal internacional (por vía del artículo 118 de la CN) y a partir de 1994 los tratados elevados a jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN); b) con rango infraconstitucional, los demás tratados internacionales (artículo 75, incs. 22, 27 y 31, CN) y, en un escalón inferior, el derecho de gentes no penal y no contractual (artículo 21, ley 48).

Esta distinción se explicaría por el hecho de que la CN habría decidido otorgarle mayor jerarquía al derecho *penal* internacional por sobre el derecho internacional. Esta elección de primacía es aún más notoria en el texto originario de la CN de 1853-60, donde el derecho penal internacional gozaba ya de rango constitucional por su recepción en el artículo 118 de la CN (aunque inadvertido por la doctrina y la jurisprudencia), mientras que el derecho internacional contractual estaba todo subordinado a ella. Pero esta distinción subsiste aún luego de la reforma de 1994, solo que ahora el constituyente consideró también que parte del derecho internacional contractual es digna de asumir jerarquía constitucional.

En este punto es oportuno remarcar (una vez más) que el artículo 118 de la CN incorpora con nivel constitucional el derecho penal internacional sin establecer distinción en cuanto a que su base sea contractual o no contractual. Esto evidencia que *todo* el derecho penal internacional ha tenido siempre rango constitucional, dado que la norma en cuestión es de aquellas que corresponden a la redacción originaria de la CN de 1853-60. Desde esta perspectiva, la reforma constitucional de 1994, mediante la constitucionalización de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, agregó poco en lo que respecta a la incorporación de normas penales de derecho internacional.<sup>40</sup> Las normas de naturaleza penal internacional de aquellos tratados que el constituyente de 1994 declaró formal y expresamente parte de la CN ya lo eran, en virtud del nombrado artículo 118 de la CN.<sup>41</sup> De este modo, las disposiciones penales de tales convenios ya formaban parte del ordenamiento constitucional argentino, pues

---

<sup>40</sup> En cuanto se refiere a las normas de derecho penal internacional contenidas en estos tratados puede afirmarse que la real importancia de su constitucionalización se limitó a la especificación de que rigen “en las condiciones de su vigencia”.

<sup>41</sup> El hecho de que todos los tratados constitucionalizados hayan sido concebidos, firmados y ratificados en una fecha muy posterior al dictado de la CN de 1853-60 no es un escollo para esta interpretación, puesto que, como fue mencionado, en las llamadas cláusulas abiertas se debe recurrir como principio de hermenéutica constitucional a la interpretación dinámica. Véase punto B.II.1. del presente informe.

tales normas pertenecían al derecho penal de gentes. Desde esta perspectiva, y aunque haya pasado inadvertido, la *elevación* a rango constitucional de numerosos tratados internacionales (como, por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio) tuvo una importancia *real* menor de la que corrientemente se le asigna. De este modo, desde el punto de vista exclusivamente jurídico el rango constitucional del derecho penal internacional se podía obtener ya desde antes de la reforma constitucional de 1994 a través del artículo 118 de la CN. Ello no quita, claro está, que desde un punto de vista *simbólico* esta afirmación constitucional haya jugado un papel importante.<sup>42</sup>

4. *Las relaciones entre el derecho penal internacional incorporado por el artículo 118 de la CN y los principios y garantías de la CN.*  
*La cuestión del nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

La afirmación del nivel constitucional del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN, no dice nada, sin embargo, acerca de la cuestión de si con base en esta norma se podría afirmar, también, que en el juzgamiento en el país de *delicta iuris gentium* se deban aplicar *con exclusividad* las reglas y principios del derecho penal internacional. Con una pregunta: Las normas y principios del derecho penal internacional que ingresan por vía del artículo 118 de la CN, ¿deben compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la CN o, por el contrario, los hechos que se encuadrarían como crímenes internacionales deberían ser resueltos exclusivamente por las normas penales del derecho internacional o, por lo menos, por ellas en cuanto existan? El problema se plantea principalmente en relación con la vigencia del principio de legalidad en el juzgamiento en Argentina de crímenes internacionales. La doctrina y jurisprudencia argentinas que se han ocupado del tema lo han hecho, especialmente, en relación con la posible violación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (artículo 18, CN) a causa de la sanción de una ley que *ex post facto* declaraba imprescriptibles crímenes internacionales que antes no lo eran.<sup>43</sup> De todos modos, el problema no puede circunscribirse solamente a este aspecto, sino que, en general, se refiere al más amplio de cómo interactúan las normas del derecho interno de un Estado con las que provienen del nivel internacional. En lo que sigue se analizará este problema únicamente en relación con el posible conflicto entre el artículo 18 de la CN en cuanto prevé un principio de legalidad en sentido estricto (fundado en la necesidad de una *lex scripta, stricta, certa et praevia*) y los principios del derecho penal internacional introducidos, también constitucionalmen-

---

<sup>42</sup> Tampoco se puede desconocer la ventaja en términos de certeza de la incorporación en el nivel constitucional de textos escritos, en lugar de una vaga remisión constitucional a una amplio conglomerado de fuentes de derecho internacional escritas y no escritas.

<sup>43</sup> El problema tuvo gran repercusión en Argentina luego del caso *Schwammberger* (citado en nota 31). En la doctrina véase, entre otros, Abregú-Dulitzky, pp. 139 y ss.

te, por medio del artículo 118 de la CN. Ello con el fin de establecer si la ausencia en el derecho interno argentino de figuras específicas de crímenes internacionales puede ser suplida mediante la aplicación directa de los tipos de derecho penal internacional incorporados mediante el artículo 118 de la CN.

Para la doctrina mayoritaria, el principio del *nullum crimen* no debe regir al juzgar crímenes internacionales o, por lo menos, no debe regir de modo estricto. La argumentación a que se suele acudir para fundar esta aserción se apoya básicamente en la afirmación de que el artículo 118, al introducir el derecho penal de gentes en el orden interno, *remite a sus reglas propias*. De este modo, se concluye, sería legítima en estos casos la punibilidad de un acto retroactivamente o ampliar los plazos de la prescripción *ex post facto*. “El tribunal local que actúe como tribunal internacional frente a, por ejemplo, un crimen de lesa humanidad, podrá observar tales reglas sin que, por ello, padezca el principio de legalidad”.<sup>44</sup> La remisión *a sus reglas propias* se fundamentaría, incluso para algunos, no ya en el artículo 118 de la CN, sino en “la primacía lógica y axiológica del derecho de gentes”<sup>45</sup> por sobre el derecho interno.

Más allá de este argumento, fundado en la aplicación exclusiva y la primacía del derecho penal internacional, la exclusión de la aplicabilidad de este principio al juzgar crímenes internacionales ha sido fundamentada con base en una de las finalidades del principio de legalidad. Según este punto de vista, el principio de legalidad al estar orientado únicamente a asegurar la división de poderes y a excluir las arbitrariedades a que conduciría la confusión de estos, solo podría regir en un orden en el que existieran tales poderes. Este hilo de argumentación, vertido en el voto del juez Schiffrin al resolver positivamente el pedido de extradición en el caso *Schwammburger*, ha sido aceptado y aplaudido por gran parte de la doctrina nacional.<sup>46</sup> En los tramos más destacables de su voto en *Schwammburger*, Schiffrin afirmaba:

La máxima “no hay delito ni pena sin ley” es una máxima de derecho nacional, hecha para estados que han terminado de enumerar un arsenal de penas minuciosamente previsto en códigos escritos el catálogo exhaustivo de los delitos y penas y que por lo tanto no es aplicable en un plano no fijado y en plena formación como es el del derecho internacional. [Considerando 30.]

[...] el origen del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se halla en la lucha contra la omnipotencia estatal y la arbitrariedad judicial [...] El principio de la legalidad de los delitos y las penas tuvo pues por finalidad garantizar la libertad cívica contra la omnipotencia y el despotismo del estado y del juez que dependía de él [...] [Considerando 32].

El *nullum crimen, nulla poena sine lege* [...] no está destinado a establecer la previa calculabilidad a los crímenes [...], sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes [...] [Considerando 33.]

<sup>44</sup> Cf. a este respecto Ferrante, pp. 434 y ss.

<sup>45</sup> Cf. Schiffrin, I, p. 415; Schiffrin, II, pp. 115 y ss.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, Ferrante, p. 451, quien incluso concluye citando textualmente partes del voto de Schiffrin en *Schwammburger*.

[...] en el plano donde no hay estado ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella. [Considerando 33.]

Sin embargo, quienes, con los argumentos aludidos, sostienen la no aplicación del principio de legalidad en el ámbito interno al juzgar crímenes internacionales, no se refieren, por lo general, a la posibilidad de prescindir directamente de una ley penal interna que tipifique el acto como punible, para recurrir directamente a los tipos penales del derecho internacional tal como están descritos en las convenciones internacionales o como están concebidos en otras fuentes del derecho internacional. Una excepción a ello la proporciona el reciente fallo del juez Cavallo en el llamado caso *Poblete*,<sup>47</sup> el cual analiza y afirma esta posibilidad:

[...] uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes [...] es el que establece que la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de enorme gravedad y lesividad para la humanidad en su conjunto, está fijada por la ley de las naciones y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

Ciertamente ésta está concebida para evitar la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, generalmente llevados a cabo desde el poder estatal o con su aquiescencia, teniendo en cuenta que ese poder estatal podría precisamente modificar el orden legal local de modo que tales conductas aparecerían<sup>48</sup> amparadas por la ley y no fueran punibles.

La regla mencionada aparece entonces como una medida para asegurar que las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes serán perseguidas penalmente y sus autores y partícipes, juzgados y sancionados con una pena, *aun cuando el orden legal del estado en el que esas conductas tuvieron lugar no las declare punibles*. [Punto IV.B del fallo; cursivas añadidas.]

Sin embargo, el fallo no resuelve el caso aplicando directamente los tipos penales del derecho internacional como sugerirían los párrafos antes transcritos y, por ello, no analiza cómo podría llevarse a cabo una semejante aplicación directa. En este sentido el fallo expresa:

La punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes *no es una exigencia* del derecho penal internacional, sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no es el caso y los tipos penales vigentes en la ley local captan las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, *lo natural es* que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. [Punto IV.B del fallo; cursivas añadidas.]

Pese a aceptar que los tipos penales vigentes en las leyes internas “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos”, el fallo concluye que el *núcleo* de esas

<sup>47</sup> Cf. nota 12.

<sup>48</sup> La utilización de la forma condicional, “aparecerían”, es incorrecta. Lo correcto en este caso es la forma subjuntiva “aparecieran”.

conductas sí está abarcado por los tipos penales de la legislación interna y, en consecuencia, estos son aptos “para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable”.<sup>49</sup>

Existen varias razones, sin embargo, que llevan a dudar de la corrección o al menos a relativizar la fuerza de las argumentaciones de la doctrina que ha sido expuesta hasta aquí. En lo que sigue se analizará si del orden jurídico argentino se puede extraer una limitación o una exclusión de la aplicación del principio de legalidad al juzgar crímenes internacionales. El problema se vincula, desde luego, a la cuestión de cómo concebir las relaciones entre las normas penales del derecho internacional y las del derecho interno. El análisis que aquí se desarrollará parte de la siguiente premisa: cuando los hechos que conformarían crímenes internacionales son juzgados por las jurisdicciones estatales, la conformación concreta del derecho aplicable depende en gran medida de las particularidades jurídicas propias de ese Estado. De lo que se trata es de establecer una conciliación o armonización entre las normas provenientes del orden nacional y las del orden internacional. Con esta premisa se contesta ya, de antemano, el argumento de la primacía “lógica y axiológica” del derecho penal internacional sobre el interno. Al analizar este punto, en relación con el principio de legalidad, Ferrante ha afirmado:

[...] es seguro que la respuesta acerca de si rige en el ámbito del derecho penal internacional un principio como el *nullum crimen, nulla poena, sine lege* no puede darla el derecho interno, aun constitucional de un Estado.<sup>50</sup> [Cursivas del original.]

Esta frase expresa un modo bien determinado de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Es decir, aquel que afirma una “tajante distinción entre los dos órdenes”.<sup>51</sup> Esta forma de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el interno ha sido, sin embargo, puesta en duda en los últimos años por una parte de la doctrina, específicamente en el campo del derecho penal internacional.<sup>52</sup> Desde esta perspectiva, el derecho penal internacional no sería un cuerpo estático e independiente, compuesto exclusivamente por normas de derecho internacional y sin relación con las normas del derecho interno, sino que, por el contrario, el sistema de las fuentes del derecho penal internacional, tanto desde el punto de vista normativo como del derecho aplicado, recurriría a los derechos nacionales. Justamente, de la interacción entre los diferentes órdenes normativos (derecho internacional y derechos estatales)<sup>53</sup> surgiría un nuevo orden, único, complejo, pero con diferentes niveles normativos. El derecho penal internacional se conformaría, por tanto, con la interacción de las diversas fuentes correspondientes a diferentes niveles

<sup>49</sup> Para mayores detalles sobre el fallo *Poblete*, cf. sección F del presente.

<sup>50</sup> Ferrante, p. 449.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Delmas-Marty, I, pp. 1915-1931; Delmas-Marty, III, pp. 112 ss.; Fronza-Guillou, I; Fronza-Guillou, II, pp. 279- 286.

<sup>53</sup> A estos órdenes se deben sumar, desde luego, las normativas regionales. Para ello, cf. Fronza-Guillou, II, p. 275.

normativos (nacional, supranacional). La complejidad del sistema de las fuentes, como así también su naturaleza dinámica e interactiva, han llevado a denominar al derecho penal internacional como un modelo de representación en forma de red.<sup>54</sup>

La interpretación según la cual a este grupo de crímenes le deben ser aplicadas *exclusivamente* las normas (penales) del derecho internacional descuida esta naturaleza compleja del derecho penal internacional, caracterizada tanto por “movimientos de penalización descendentes” (del derecho internacional a los derechos estatales) como “ascendentes” (de los derechos estatales al derecho internacional), los cuales se influyen y actúan recíprocamente.<sup>55</sup> Por ello, se ha afirmado que incluso el principio de complementariedad en el que se asienta la actuación de la CPI “no significa ni una autonomía absoluta de cada una de las esferas de la justicia penal, nacionales e internacionales, ni una subordinación estrecha de las unas con las otras”.<sup>56</sup> De este modo, se pone en crisis no solo el mismo concepto de *jerarquía*, sino también, el empleo de las tradicionales categorías *monista* y *dualista* de entender las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Estas “no considerarían los datos actuales en el ámbito de la justicia penal internacional”.<sup>57</sup> Por ello, se propone una tercera concepción, denominada *pluralista*, que “escapa a la alternativa monismo/dualismo y sustituye a la jerarquía de las normas por su interacción”.<sup>58</sup>

Dentro de esta concepción compleja de entender el derecho penal internacional el problema que surge de inmediato es el siguiente: ¿Cómo se puede realizar esta interacción entre las normas penales del derecho internacional y las de los estados nacionales? El problema no es en absoluto sencillo, especialmente si se parte de la premisa de que es seguro que existen normas de derecho penal internacional que limitan la soberanía estatal al afirmar estándares mínimos para la tutela de un núcleo

---

<sup>54</sup> Fronza-Guillou, III, p. 195; Fronza-Guillou, II, p. 282; Fronza, II, p. 316. Sobre este paradigma para leer la complejidad del sistema de las fuentes en el ámbito de la teoría general del derecho, cf. Van de Kerchove-Ost, I; Van de Kerchove-Ost, II. Sobre la discusión en el ámbito de la doctrina filosófica alemana del modelo de red (*Netzwerk von Netzwerken*) desarrollado especialmente por Karl Heinz Ladeur, véase Günther, especialmente p. 564 y ss.

<sup>55</sup> Fronza-Guillou, II, pp. 282-284; Delmas-Marty, I, p. 1921. Para un ejemplo de estos movimientos de penalización cf., especialmente, Delmas-Marty, V.

<sup>56</sup> Delmas-Marty, I, pp. 1915-1916.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Delmas-Marty, I, p. 1916. En el derecho argentino tampoco sería de utilidad recurrir a la jerarquía. Del derecho interno argentino no puede fundarse una primacía del derecho internacional (penal) sobre el interno. La mención a los delitos contra el derecho de gentes efectuada en el artículo 118 de la CN, si bien puede servir para fundamentar la incorporación del derecho penal internacional con rango constitucional, no puede justificar una primacía de este bloque de normas “constitucionales” sobre otro también “constitucional” (en el caso, el artículo 18, CN, que establece el principio del *nullum crimen*). Esta primacía tampoco puede ser extraída del artículo 27 de la Convención de Ginebra, que prevé la preeminencia del derecho internacional, pues esta norma, en el ordenamiento jurídico argentino, goza tan solo de rango legal. Sería un sinsentido admitir que una norma de rango legal pueda establecer una relación de jerarquía entre diferentes normas “constitucionales”, cuando la propia CN no las establece.

de derechos fundamentales. Entonces, ¿cómo compatibilizar estos órdenes? ¿Cuál es el derecho aplicable en el caso concreto de que exista un conflicto entre las normas provenientes del derecho internacional y las del derecho interno? ¿Cómo garantizar a los Estados un cierto margen de autonomía contemplando, a su vez, la protección de un núcleo de derechos fundamentales impuestos directamente por el derecho internacional? ¿De qué modo se puede lograr una cierta armonización, en el sentido de un respeto uniforme por los Estados de ciertos principios rectores dados por el derecho internacional (penal), que respete, a su vez, ciertas especialidades estatales y, por ende, pueda concebirse como un modelo pluralista?<sup>59</sup>

Con el fin de tender a una aproximación (en el sentido de un acercamiento a un *ius commune*) de las prácticas nacionales se ha propuesto recurrir, como esquema epistemológico, al reconocimiento de un “margen nacional de apreciación”. Este esquema, nacido originariamente en el seno de la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos (CorteEDH),<sup>60</sup> tiende a garantizar una cierta autonomía estatal y, a su vez, organizar un “control que evite las desviaciones excesivas en relación con este margen”.<sup>61</sup> En otras palabras, y aplicado el modelo al campo del derecho penal internacional, a cada Estado se le reconocería un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. La cuestión más delicada no es, sin embargo, el reconocimiento de este margen y la organización de un control, sino, más bien, la de establecer cuáles son los criterios para delimitar qué reglas o principios entran en el margen de apreciación autónomo de cada Estado y qué principios o reglas del derecho (penal) internacional deben ser obligatoriamente respetados por los Estados para proteger un núcleo básico de derechos fundamentales. Es decir, en qué medida este margen no es excesivo.

La amplitud del margen de apreciación o, a la inversa, el real alcance de la incorporación de las normas penales del derecho internacional en el ámbito interno, si bien no puede tener una solución uniforme en todos los Estados, pues dependerá de las particularidades propias de cada orden normativo, sí podrá basarse en ciertos criterios generales comunes. Aquí se propone recurrir como criterio de delimitación a los propios derechos fundamentales garantizados en los órdenes estatales. En este sentido, la introducción de las reglas y principios en materia penal del derecho internacional encontrará un límite en cuanto estos afecten derechos fundamentales reconocidos a los individuos por las constituciones o cartas políticas estatales. Y justamente, a la

---

<sup>59</sup> Cf. Delmas-Marty, I, pp. 1915 y ss., y especialmente Delmas-Marty, VI, *pássim*.

<sup>60</sup> Cf. Delmas-Marty, II, pp. 79 y ss. A nivel regional latinoamericano la doctrina del margen nacional de apreciación ha sido solamente considerada en la opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), cf. especialmente los puntos 58 a 62.

<sup>61</sup> Delmas-Marty, I, p. 1928.

inversa, el reconocimiento de estos derechos fundamentales constituirá el “margen nacional de apreciación”, es decir, el espacio de autonomía en el que la soberanía estatal no cede frente a las normas provenientes del plano internacional. De esta forma se revela un orden dinámico, en el cual el derecho aplicable concreto es modelado por cada Estado, pero respetando las líneas base del derecho (penal) internacional. Por lo menos, hasta que no exista una carta de derechos fundamentales universal, al modo de una Constitución consensuada mundial, esta es la mejor forma de adaptar las exigencias penales del derecho internacional, con el espacio de autonomía que se reservan los Estados individuales, sin restringir las garantías básicas de las personas sometidas a enjuiciamiento.

Aplicadas al derecho argentino y específicamente al problema planteado acerca de la aplicabilidad del principio de legalidad al juzgar en Argentina crímenes internacionales, estas consideraciones conducen a una única conclusión: el *nullum crimen*, como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente incluso tratándose de crímenes internacionales. Ello, a su vez, se condice con la posición que el gobierno argentino asumió al efectuar la reserva al segundo párrafo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), lo que revela “la explícita actitud del Estado argentino contraria a privar al derecho penal internacional de la garantía del principio de legalidad”.<sup>62</sup>

Esta conclusión se refuerza en el caso de Argentina, donde, a diferencia de otros países, las normas penales del derecho internacional no prevalecen por sobre las normas de derechos y garantías previstas en la CN. Como se ha visto, el ordenamiento jurídico argentino sitúa las normas del derecho penal internacional en el nivel constitucional, al igual que lo están, lógicamente, los derechos y garantías previstos en la CN. Y ello evidencia que estas normas deben compatibilizarse entre sí, como todas las normas dentro de un mismo sistema, y, por lo tanto, que entre ellas se debe buscar una interpretación integradora. En este sentido, la Argentina ha considerado que a

---

<sup>62</sup> Ferrante, p. 442.

El artículo 15 de del PIDCP dispone:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

”2. 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”.

La reserva efectuada por el Estado argentino al momento de la ratificación del PIDCP el 8/8/1986 reza del modo siguiente: “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto [...] deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”.

todas las personas que sean juzgadas por los tribunales nacionales, se trate o no de crímenes internacionales y aunque ejerzan dichos tribunales funciones de tribunales internacionales, se les deben garantizar ciertos derechos y garantías básicos, entre los cuales se encuentra el principio de legalidad. Afirmar esta integración y los criterios enunciados más arriba para efectuarla no significa negar la importancia del reconocimiento del nivel constitucional del cual goza, de acuerdo con el artículo 118 de la CN, el derecho penal internacional. Aunque sea cierto que en cuanto al principio de legalidad un ciudadano sometido a proceso podrá hacer valerlo, tal como está previsto en el artículo 18, CN, que es superior en cuanto norma de garantía a un principio de legalidad como el concebido en el orden internacional (por ejemplo, sin reserva de ley), la afirmación constitucional del derecho penal internacional mantiene su importancia respecto de otros principios. Así, por ejemplo, el principio de la *imprescriptibilidad* de los crímenes internacionales gozará en Argentina de rango constitucional y en estos casos ninguna ley inferior podrá oponérsele, pues no existe un conflicto de normas constitucionales que deba resolverse por la preferencia del que otorga mayores garantías a quien se encuentra sometido a proceso, ya que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir.<sup>63</sup>

La solución del conflicto de normas constitucionales en favor de aquella que prevea mayores garantías es una solución acorde con los postulados de un Estado de derecho, donde la gravedad de los delitos no debe llevar a la disminución de las garantías básicas. Precisamente, en la existencia de estas garantías y de un derecho penal limitado se fundamenta y asienta la idea de un Estado de derecho. Estas reflexiones llevan a analizar con detalle quizás el párrafo más emotivo, citado y renombrado del conocido voto del juez Schiffrin en el caso *Schwammberger*. El párrafo al que se hace referencia, citado en extenso *ut supra*, culmina de la siguiente manera:

[...] el *nullum crimen, nulla poena sine lege* jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella. [Considerando 33.]

Esta argumentación, que concibe al *nullum crimen* en el plano internacional como un principio que desempeñaría un papel contrario al de su finalidad porque ayudaría al “opresor”, encierra en sí una falacia: en el momento en que “el opresor” es juzgado, deja de ser justamente “el opresor”. En ese momento, en un moderno Estado de derecho, esta persona no es más que un imputado al cual se le deben todas las garantías que el orden constitucional de un Estado le otorga.

---

<sup>63</sup> Una cuestión diferente es la de admitir que esta regla de la imprescriptibilidad de crímenes internacionales sea, en sí, correcta. Una propuesta interesante que propugna no ya la imprescriptibilidad de estos crímenes, sino la interrupción del plazo de la prescripción hasta el restablecimiento de la vida democrática o de una nación libre (inicio real de la posibilidad de ejercer la acción penal) puede verse en Sancinetti, pp. 252 y ss.

Pero la argumentación que se da en *Schwammberger* puede relativizarse, también, desde otro punto de vista. Ella se asienta en una visión puramente objetiva del principio de legalidad, es decir, negando otra función que la de proteger el principio de la división de poderes. Aunque tenga el gran mérito de llevar la discusión al campo del contenido del principio, sin admitir de antemano una respuesta axiológicamente unívoca,<sup>64</sup> esta argumentación solo podrá prosperar si se admite que la salvaguarda del principio de división de poderes es la única función que cabe asignarle al principio de legalidad. Y aun en ese caso será necesario indagar si, aunque con otras expresiones, similares relaciones de poder y similares riesgos de desigualdades y arbitrariedades como las que se dan en el plano estatal no se dan, también, aunque sin división de poderes, en el plano internacional, donde el rol del juez es extremadamente extenso y donde la política tiene una presencia más fuerte que en el plano nacional e influye precisamente en el propio campo jurisdiccional. Por lo tanto, aceptar la viabilidad de esta argumentación implica, al mismo tiempo, reconocer que el *nullum crimen* se agota en la sola protección de la separación de los poderes estatales, que en el campo del derecho penal internacional este principio no protege al individuo frente a arbitrariedades de ningún tipo y que no tendría tampoco la función de brindar las condiciones para que el autor se pueda motivar en la norma.

En principio, se puede coincidir con Ferrante<sup>65</sup> cuando pone en duda que un autor de crímenes internacionales realmente pueda esperar hoy que sus hechos no sean declarados punibles. Es cierto que en la actualidad difícilmente un autor de crímenes internacionales necesite de una norma expresa que sancione, por ejemplo, el delito de genocidio, para que pueda motivarse conforme a la norma, percibir el contenido de lo injusto y actuar, en consecuencia, conforme a derecho. Cualquier persona podría percibir directamente el contenido de injusto del hecho de, por ejemplo, asesinar a miles de personas mediante un plan sistemático de eliminación. Pero si bien es cierto que un autor no necesitaría de un tipo penal para concebir al genocidio como un hecho punible, sí lo necesitaría para apreciar el hecho en toda su magnitud, es decir, para conocer concretamente de qué modalidad de genocidio se trata, de entre las diferentes que ofrece el derecho (penal) internacional.<sup>66</sup> Quienes admiten que la ausencia de tipos penales específicos para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino pueda ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstas en las convenciones internacionales o concebidas por la costumbre internacional (negándole vigencia al *nullum crimen* en la persecución de crímenes internacionales), olvidan que en el mismo ámbito internacional no existe uniformidad acerca no solo de los elementos típicos que configuran las

---

<sup>64</sup> Esta posición fue adoptada posteriormente por este autor, cf., en este sentido, Schiffrin, I, p. 415.

<sup>65</sup> Ferrante, p. 451.

<sup>66</sup> Cf., en este sentido, Ambos II, pp. 405 y ss; Fronza I, pp. 115 y ss; Gil Gil, pp. 200-231.

diferentes figuras de crímenes internacionales, sino también, más en general, de las diferentes modalidades de cada figura. Pero no se trata solamente de la motivación en la norma del autor del hecho (aspecto subjetivo del principio de legalidad) sino, también, de un problema de certeza. La sujeción a la ley (aspecto objetivo del principio de legalidad) serviría, justamente, para que el juez pudiera recurrir a una norma cierta y, por ello, actuaría de garantía para quien es juzgado, el cual solo podrá ser penado en tanto y en cuanto haya cometido *esa* modalidad específica del crimen, basada en *esos* específicos elementos típicos.

Existe aún otra objeción más a la aplicación directa de las figuras de crímenes internacionales del derecho internacional en ausencia de tipos penales específicos en el orden interno. Esta objeción radica en que los crímenes internacionales previstos, por ejemplo, en las convenciones internacionales no contienen la previsión de una sanción (con la excepción ahora del ECPI). El camino que se ha propuesto para solucionar esta cuestión es el de recurrir a la pena prevista en los tipos del derecho penal clásico (es decir, aquellos que se habrían de aplicar en caso de no poder echar mano de los tipos específicos del derecho internacional). Según este punto de vista, entonces, se podría combinar, por ejemplo, el tipo de crímenes de lesa humanidad con base directa en el derecho penal internacional y la pena del homicidio de acuerdo con los artículos 79 y 80 del CP. Si esta posibilidad se incluye entre las facultades que tiene un juez argentino es algo altamente dudoso.<sup>67</sup> En este punto la doctrina ya afianzada de la CSJN afirma que el principio de legalidad “exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar”.<sup>68</sup>

De todos modos, estos problemas específicos se podrían hoy minimizar si se coincide en recurrir, únicamente, a los tipos y sanciones previstos en el ECPI, como expresión última de la evolución del derecho penal internacional. Pero quien quisiera transitar este camino<sup>69</sup> tendría que admitir, en consecuencia, que el resto del derecho penal internacional, incluida la costumbre internacional, desempeña hoy un papel más limitado del que comúnmente se le asigna. Este punto de vista debería, asimismo,

---

<sup>67</sup> Niega rotundamente esta posibilidad el juez Petrachi, en su voto en disidencia en *Priebke*, citado en la nota 12.

<sup>68</sup> CSJN, Fallos 311: 2453. Si bien Ferrante parte de una “tajante distinción” entre el orden internacional y el orden estatal (p. 449), en este punto, aunque sin dar una respuesta definitiva, parece inclinarse por la posibilidad de integración de ambos órdenes, lo que autorizaría a combinar las normas del derecho (penal) internacional con las del derecho interno para suplir falencias. Este autor se pregunta, anticipando la solución a la que adhiere: “¿Debe el juez nacional limitarse a dar la respuesta inadecuada del derecho penal interno o bien debe formular una regla *ad hoc* que supla, para el caso, la omisión legislativa que viola deberes jurídico-internacionales?” (p. 450). Lo que no se puede dejar de señalar es que esta auspiciada integración se realiza únicamente para suplir una laguna punitiva y no se admite, por el contrario, para posibilitar que el principio de legalidad del artículo 18 de la CN pueda aplicarse en el juzgamiento de crímenes internacionales.

<sup>69</sup> Que, de todos modos, solo serviría para eliminar estas objeciones, pero no las objeciones básicas que han sido expuestas a lo largo del presente punto.

enfrentar la objeción de que el ECPI, cristalizando los últimos desarrollos del derecho penal internacional, afirma la vigencia en este ámbito del principio de legalidad. Este hecho brindaría, por cierto, un último argumento en favor de la vigencia del *nullum crimen* al juzgar crímenes internacionales.

Por las razones expuestas a lo largo de esta sección se puede llegar a una conclusión cierta y responder, ahora, el cuestionamiento inicial: la ausencia de tipos penales específicos para reprimir los crímenes internacionales en el derecho interno argentino no puede ser suplida recurriendo a las figuras de crímenes internacionales tal como están previstos en las convenciones internacionales o concebidos por la costumbre internacional. Ello, justamente, pues en el ámbito interno argentino opera la garantía que reza *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. El primitivismo del derecho penal internacional no puede conducir a justificar un orden imperfecto en materia de garantías. Por ello, en Argentina, los hechos que encuadrarían en las figuras de crímenes internacionales solo podrán ser juzgados con base en los tipos del derecho penal clásico.<sup>70</sup> En lo que sigue se expondrá brevemente a qué tipos penales habría que recurrir.

#### a. Genocidio

A pesar de la ausencia de un tipo específico de genocidio, los hechos que conformarían el sustrato fáctico de este crimen podrían encontrar una respuesta punitiva en la legislación interna a través de tipos del derecho penal clásico. Debe señalarse, sin embargo, que estas figuras carecen del elemento subjetivo especial típico de este delito, esto es, la “intención de destruir [...] a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” que contiene el artículo 6 del ECPI. De todos modos, el legislador argentino ha intentado acercar el derecho penal común a las exigencias del derecho internacional por medio del artículo 2 de la Ley sobre Represión de Actos u Omisiones Discriminatorios (ley 23.592). Dicho artículo 2 prevé la elevación de las escalas penales de todos los delitos previstos en el CP y leyes complementarias cuando el delito es “cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Aunque no pueda cubrirse en todos los casos el contenido de injusto del delito de genocidio, los siguientes tipos penales podrían posibilitar el juzgamiento en Argentina de los hechos que para el derecho internacional se encuadrarían como genocidio. Estos delitos son: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80, incs. 2, 4 y 6); lesiones leves, graves y gravísimas y lesiones agravadas (artículos 89, 90, 91 y 92); aborto (artículos 85, inciso 1, y artículo 86, primer párrafo).

---

<sup>70</sup> Por razones de espacio no se podrán transcribir todos los tipos penales que entrarían en consideración. El CP argentino puede consultarse en Internet: <www.legislaw.com.ar>. En el CP existen únicamente las sanciones de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (artículo 5), siendo la pena más grave la de privación de la libertad perpetua, seguida de la pena del homicidio simple, cuyo máximo alcanza a los 25 años.

*b. Crímenes contra la humanidad*

Las figuras del derecho penal clásico que permitirían en Argentina, a falta de un tipo específico de crimen de lesa humanidad, juzgar estos hechos son los siguientes: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80); reducción a servidumbre (artículo 140); privación de la libertad, privación de la libertad agravada, apremios ilegales y tortura (artículos 141, 142, 142 *bis*, 144 *bis* y 144 *ter*); violación (artículos 119 y 122); abuso deshonesto (artículo 127). Estas figuras no contienen, claro está, el requisito típico de que el acto se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, como sí prevé el artículo 7 del ECPI.<sup>71</sup>

*c. Crímenes de guerra*

Únicamente en el derecho penal militar se han receptado en Argentina, si bien con escasa amplitud, algunos crímenes tipificados recientemente en el ECPI. El CJM prevé, en efecto, en dos de sus artículos, algunos tipos penales que integran el catálogo de los denominados en el derecho internacional como crímenes de guerra:

El artículo 746, CJM, penaliza, en este sentido, las siguientes conductas:

- inciso 1, primera parte, al que “obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas” (coincidente con el artículo 8, 2, *a*, V y, específicamente, con el artículo 8, 2, *b*, XV del ECPI);
- inciso 1, segunda parte, al que “maltratare de obra” a los prisioneros de guerra o los “injuriare groseramente o privare del alimento necesario” (coincidente, en parte, con el artículo 8, 2, *b*, XXI del ECPI; si el maltrato de obra asume cierta gravedad podrían sancionarse por medio de esta disposición conductas que el ECPI ha tipificado específicamente, por ejemplo, en el artículo 8, 2, *a*, 3);
- inciso 2, al que “atacare sin necesidad hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, colegios, cárceles o casas de agentes diplomáticos o cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos” (coincidente con el artículo 8, 2, *b*, IX y, en parte, con el artículo 8, 2, *b*, V del ECPI);
- inciso 3, al que “destruyere templos, conventos, bibliotecas, museos, archivos, u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de la guerra” (como el inciso anterior, esta disposición es similar a la del artículo 8, 2, *b*, IX del ECPI; requiere, sin embargo, para su consumación que el ataque produzca la destrucción de los bienes descritos).

---

<sup>71</sup> Aunque Argentina ha ratificado y posteriormente elevado a rango constitucional, a través del mecanismo previsto en el artículo 75, inciso 22 de la CN, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (ratificada por ley 24.556 y elevada a jerarquía constitucional por ley 24.820) no ha incorporado aún un tipo penal de desaparición forzada.

El artículo 741, CJM, por su parte, sanciona al “militar con mando, que prolongare las actividades después de haber recibido la noticia oficial de haberse hecho la paz, tregua o armisticio”. Si bien esta norma no tiene un correlato estricto en el ECPI, la conducta tipificada podría, según las circunstancias, coincidir con el artículo 8, 2, b, IV del ECPI.

Fuera de estas normas y en subsidio se podrían aplicar también los siguientes tipos penales del derecho penal clásico: homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80, incs. 2, 4 y 6); lesiones leves, graves y gravísimas y lesiones agravadas (artículos 89, 90, 91 y 92); tortura (artículo 144 tercero); daño (artículo 183), hurto (artículos 162 y 163 inciso 2), robo (artículos 164, 165 y 166); violación (artículos 119 y 122).

*d. Crímenes de agresión*

No existe un tipo específico ni normas del derecho penal clásico por las cuales este hecho pueda ser punible.

*e. Otros tipos penales del derecho penal internacional dentro del derecho nacional*

El CP prevé en sus artículos 198 y 199 el delito de piratería de buques y aeronaves.

*f. Déficit*

Como se ha visto, los déficit del ordenamiento jurídico argentino en la tipificación de crímenes de derecho internacional son enormes: el CP no regula crímenes de derecho internacional, ni es posible acudir directamente al derecho internacional para suplir esta falencia. Fuera de ello, la recepción en el derecho penal militar de crímenes internacionales es sumamente escasa. De este modo, las conductas que responden a la calificación de crímenes internacionales según el derecho internacional solo pueden resolverse en el derecho argentino vigente por medio de las figuras tradicionales del derecho penal común.

**C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

**I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional**

En Argentina el principio de aplicación espacial de la ley penal predominante es el de *territorialidad*. El artículo 1 del CP dispone:

Este código se aplicará: 1) por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2) por los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

La doctrina discute si con la alusión a los *efectos* del delito (artículo 1, inciso 1, CP) la ley penal incorpora el principio *real o de defensa*<sup>72</sup> o si se trata únicamente de la recepción de la *teoría de la ubicuidad*<sup>73</sup> para determinar el lugar de comisión del delito en el marco del principio de territorialidad. También se discute si la aplicación del derecho penal argentino a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o autoridades argentinos en desempeño de su cargo (artículo 1, inciso 2, CP) se funda en el principio de nacionalidad o personalidad activa, en el principio real<sup>74</sup> o en la lesión de un deber especial del cargo por parte del funcionario.<sup>75</sup> Estos principios de aplicación espacial de la ley penal del CP son aplicables al derecho penal militar por la remisión que hace el artículo 510 del CJM. Por su parte, el artículo 511, CJM, recurre al principio de la personalidad activa haciendo aplicables las disposiciones del derecho penal militar argentino a los delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación.<sup>76</sup>

El *principio universal* se incorpora en el ordenamiento jurídico argentino directamente por vía constitucional para regir únicamente a los delitos del derecho penal internacional. El ya citado artículo 118 de la CN, establece la jurisdicción argentina por los delitos contra el derecho de gentes cometidos, también, “fuera de los límites de la Nación”.<sup>77</sup> En este caso, dispone el artículo citado que el Congreso determinará por una ley especial el lugar dentro del territorio nacional donde haya de realizarse el juicio, que será por jurados. Sin embargo, el Congreso de la Nación nunca ha sancionado una ley con ese alcance, ni ha instituido siquiera el juicio por jurados en la República. De todos modos, no es esta omisión la carencia principal de legislación en la materia, sino la falta de determinación de los delitos a los que se aplicaría el principio.<sup>78</sup> Como ya se ha señalado, en Argentina no existen tipos penales específicos de crímenes internacionales. De todos modos, queda abierta la cuestión de si es posible juzgar en Argentina los hechos que conformarían el sustrato fáctico de crímenes inter-

---

<sup>72</sup> De la Rúa, p. 22.

<sup>73</sup> Bacigalupo, p. 119.

<sup>74</sup> Soler, p. 162; De la Rúa, p. 29; Terán Lomas, p. 180.

<sup>75</sup> Bacigalupo, p. 123.

<sup>76</sup> El Código Aeronáutico (ley 17.285) recepta, asimismo, los principios de personalidad pasiva y de defensa. El artículo 199, segundo párrafo, de este Código dispone la aplicación de las leyes de la Nación en caso de delitos cometidos a bordo de una aeronave privada argentina sobre territorio extranjero, si se hubiese lesionado un interés legítimo del Estado argentino (principio real o de defensa) o de personas domiciliadas en Argentina (principio de personalidad pasiva). Esta normativa, sin embargo, solo en casos extremadamente excepcionales podrá tener interés en el juzgamiento de crímenes internacionales.

<sup>77</sup> Sobre los alcances de esta frase, véase el punto B.b.2. Para la transcripción íntegra del artículo 118 de la CN véase el punto B.b. Asimismo, se debe señalar que *no* existen, como en otros órdenes jurídicos, restricciones a la vigencia del principio de jurisdicción universal, tal como, por ejemplo, la residencia del inculcado en el territorio nacional.

<sup>78</sup> Creus, p. 113.

nacionales cometidos en el extranjero, por medio de las disposiciones del derecho penal clásico interno.<sup>79</sup>

## **II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución**

En el orden jurídico-penal argentino rige el principio de legalidad (*Legalitätsprinzip*), en el sentido de obligación de persecución. En efecto, el artículo 71 del CP establece: “*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales*”, con excepción de los delitos dependientes de instancia privada y los delitos de acción privada (cursivas añadidas). Esta obligación de persecución se encuentra incluso reforzada mediante la previsión de una sanción penal al “funcionario público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes” (artículo 274, CP). Por ello, en la Argentina puede afirmarse que la regla es la persecución obligatoria de todos los delitos.

De tipificarse en Argentina crímenes internacionales, estos serían, en cuanto delitos de acción pública, de persecución obligatoria. De los delitos del derecho penal clásico que permiten, de algún modo, la persecución en Argentina de los hechos que conforman el sustrato fáctico de crímenes internacionales, los delitos de violación, abuso deshonesto y lesiones leves, si bien de acción pública, dependen de la instancia privada del ofendido para iniciar la persecución. Todos los demás antes mencionados son de acción pública y, por tanto, de persecución obligatoria.<sup>80</sup>

## **D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

### **I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma**

Como se señaló en el apartado B, el derecho argentino contiene tipificaciones de crímenes de derecho internacional únicamente y de modo extremadamente reducido en el ámbito del derecho penal militar. Fuera de estos casos, los hechos que se calificarían en el plano del derecho internacional como crímenes internacionales solo podrán ser juzgados en Argentina a través de los tipos penales del derecho penal clásico.

---

<sup>79</sup> El principio de jurisdicción universal tendría aplicación para quienes afirman la posibilidad de recurrir a los tipos penales del derecho internacional, en ausencia de tipos específicos en la legislación interna. La misma CSJN en el caso *Peyrú* (fallo del 23/2/1995, citado por Ferrante, p. 433) ha rechazado el juzgamiento en Argentina de delitos cometidos en Chile, no con el argumento de que en el país no existen tipificaciones específicas de crímenes internacionales, sino porque los hechos concretos del caso no se trataban de “delitos contra el derecho de gentes”. En el caso de que sí se hubiesen tratado de delitos contra el derecho de gentes, la CSJN habría debido plantearse bajo qué tipos penales juzgaría los hechos.

<sup>80</sup> Por ello, la selección de casos para la acusación en el conocido “proceso a las juntas militares” (causa n° 13 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires), no puede estar cubierta por la legislación penal nacional.

La falta de figuras de crímenes internacionales en el derecho interno se compadece, lógicamente, con la ausencia de normas de parte general específicas para juzgar crímenes internacionales. En lo que sigue se indicarán los presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena previstos en el CP. Ello no solo porque prácticamente en la totalidad de los casos el juzgamiento en el país de este tipo de crímenes solamente podrá efectuarse a través de los delitos existentes en el CP, sino también porque el CJM establece como regla general, en su artículo 510, que serán de aplicación las disposiciones de la parte general del CP a los delitos militares “en cuanto lo permita su naturaleza y no se opongan a las prescripciones del presente Código”.<sup>81</sup>

Los tipos penales del derecho interno que, en ausencia de figuras específicas, permitirían juzgar crímenes internacionales, como así también los del CJM, requieren *dolo*. La posibilidad del *dolo eventual*, por principio admitida en el derecho argentino junto con el dolo directo e indirecto, dependerá de si el delito concreto requiere la presencia de una intención especial como elemento subjetivo de lo injusto o de la propia forma de comisión del delito (por ejemplo, excluido en el delito de violación). Una definición de las diferentes formas de dolo no existe en el CP.

En cuanto a la *imprudencia*, el CP argentino se alista entre los que afirman el sistema del *numerus clausus*. Solamente en un número reducido de delitos se prevé la forma culposa (homicidio, lesiones, etc.). De todos modos, los hechos a los que se refiere el proyecto difícilmente podrían encuadrarse bajo la forma culposa.

En materia de *error*, el primer párrafo del artículo 34 del CP establece la no punibilidad de quien “no haya podido en el momento del hecho [...] por [...] error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. La doctrina tradicional y la mayor parte de la jurisprudencia consideran que esta norma solo regula el caso del *error de hecho*, negándole, por tanto, relevancia excusante al *error de derecho*. La doctrina más moderna, remplazando las categorías de error de hecho y de derecho por las de *error de tipo* y *de prohibición*, ha comenzado a entender que esta norma sirve también para fundamentar la eficacia del error de prohibición inevitable.

En cuanto a la *tentativa*, el artículo 42 del CP establece que esta se configura cuando el autor que actúa “con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”. El autor de una tentativa sufrirá una pena disminuida y en caso de que se tratase de un delito imposible (tentativa absolutamente inidónea) se lo podrá incluso eximir de pena (artículo 44, CP). El *desistimiento voluntario* del autor lo exime de pena (artículo 43, CP).

---

<sup>81</sup> Asimismo, quienes admiten una persecución con base directa en el derecho penal internacional, deberán recurrir con frecuencia a las normas de parte general del CP, debido al escaso desarrollo de estas en el plano internacional. Sobre la búsqueda de principios para conformar una parte general del derecho penal internacional, cf. la extensa obra de Ambos (cf. Ambos, II, pássim).

En relación con las formas de *participación criminal*, el CP distingue entre autores y partícipes (artículos 45 y ss., CP). El CP no da una definición del autor o de la autoría. Se limita a afirmar, en su artículo 45, que “los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito”, refiriéndose con ello a la categoría que en doctrina se conoce como partícipes o cómplices necesarios.<sup>82</sup> Del mismo modo, el último párrafo del citado artículo 45 equipara con el autor, en cuanto a las consecuencias, también al instigador. Solamente los que presten una colaboración no necesaria para la ejecución del hecho y los que presten una colaboración posterior cumpliendo promesas anteriores al hecho (partícipes no necesarios) serán sancionados con una pena disminuida (artículo 46, CP).<sup>83</sup>

El CP argentino no regula expresamente en una norma de parte general a la *omisión*. En su parte especial se encuentran, sin embargo, algunos delitos propios de omisión. De todos modos, en los hechos de los que aquí se trata, mucha mayor importancia asume la llamada *omisión impropia*. Esta posibilidad de comisión por omisión está en general admitida por la doctrina argentina.<sup>84</sup>

En el CP no existen normas que prevean una *responsabilidad especial del superior jerárquico*.

En cuanto a la *obediencia debida*, el artículo 34, inciso 5, del CP dispone la no punibilidad del que haya obrado en virtud de obediencia debida. El CJM contiene también, en su artículo 514, normas sobre la obediencia debida, que no difieren en general de la regla del CP.

La *legítima defensa* está prevista en el CP como causa de exoneración de pena. El artículo 34, inciso 6, dispone que no es punible “el que obrare en defensa propia o de sus derechos”. Para que la defensa sea “legítima” y, por ende, tenga efecto exonerante deben darse tres condiciones: a) una agresión ilegítima, b) la necesidad racional del medio empleado y c) la falta de provocación suficiente del que se defiende. El CP argentino también admite la legítima defensa de un tercero (artículo 34, inciso 7).

Asimismo, según el CP argentino, el *estado de necesidad* exonera de pena al autor, si éste actúa para evitar un mal mayor e inminente al que ha sido extraño (artículo 34, inciso 3, CP).

En el derecho argentino no existe una norma que determine una *edad mínima de imputabilidad* específica en relación con los crímenes internacionales. La imputabilidad penal en el derecho argentino comienza, en principio, con el cumplimiento de los

---

<sup>82</sup> El *encubrimiento* en el CP está regulado como un delito autónomo (artículo 277) y no como una forma de complicidad como en el artículo 25.3, letra c del ECPI.

<sup>83</sup> Por esta razón, en Argentina el problema no pasa tanto por la distinción entre la autoría y la participación, sino más bien entre la participación necesaria y no necesaria.

<sup>84</sup> Cf. Núñez, pp. 236 y ss.

18 años de edad. Existe, sin embargo, un régimen de menores que permite la punibilidad de los delitos graves de quienes se encuentran entre los 16 y los 18 años (ley 22.278, artículo 1).

En cuanto a la *determinación de la pena*, solamente en el derecho penal militar existen reglas específicas. Ellas están referidas, básicamente, a la admisión de algunos elementos atenuantes y agravantes específicos (véanse especialmente los artículos 515, 519 y 521 del CJM). El artículo 521 impone, por ejemplo, al tribunal militar como pauta de agravación la atención a la jerarquía militar del imputado. Especialmente vinculado a los crímenes de guerra, el inciso 8 del artículo 519 del CJM considera como causa de agravación “cometer el delito en la persona del prisionero de guerra”. Fuera de ello, la determinación de la pena deberá tener en consideración las reglas comunes del CP (artículos 40 y 41). Por otra parte, no existe en Argentina una discusión específica de los fines de la pena en relación con los crímenes internacionales.

No existe en Argentina una *responsabilidad penal de las personas jurídicas* por crímenes internacionales.

En el derecho interno argentino no existen *inmunidades* que puedan impedir el juzgamiento de crímenes internacionales. No obstante ello, existen ciertos privilegios para determinados funcionarios públicos de alta jerarquía. Así, por ejemplo, para el juzgamiento de un legislador es necesario el previo desafuero de la Cámara a la que corresponda. Por otra parte, el juzgamiento del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, o de los ministros o los jueces de la CSJN exige el previo juicio político realizado por el Congreso de la Nación (artículo 53, CN). En cuanto a las inmunidades de carácter internacional “es un principio reconocido [...] que los jefes de Estado y de Gobierno, algún personal oficial de jerarquía inferior y el personal diplomático no pueden ser enjuiciados ni punidos por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones”.<sup>85</sup> En este sentido, el artículo 221, CP, sanciona al “que violare las inmunidades del jefe de Estado o del representante de una potencia extranjera”. Sin embargo, se discute si esta inmunidad subsiste en casos de crímenes internacionales, llegándose, en general, a una opinión negativa.<sup>86</sup> Ello porque en el ámbito del derecho internacional se ha ido restringiendo o eliminando cada vez más este concepto de inmunidad absoluta; así, por ejemplo, en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en la Convención sobre el Genocidio (artículo IV), que, por otra parte, integran el derecho interno argentino e incluso la última con rango constitucional.

En cuanto a la *prescripción* de penas privativas de la libertad, esta operará, según el inciso 2 del artículo 62, CP, después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito. El término de la prescripción no puede en ningún caso exceder de 12 años ni bajar de 2. Si la pena privativa de la libertad es perpetua, la

---

<sup>85</sup> Zuppi, p. 395.

<sup>86</sup> Cf. Zuppi, pp. 394 y ss.

prescripción operará a los 15 años (artículo 62, inciso 1, CP). Sin embargo, en caso de crímenes internacionales la doctrina y también la jurisprudencia reciente de la CSJN admiten recurrir a las normas del derecho penal internacional, por intermedio de la recepción que de ello hace el artículo 118 de la CN.<sup>87</sup>

El ordenamiento constitucional argentino reconoce al Congreso de la Nación la facultad de dictar *amnistías generales* (artículo 75, inciso 20) y al Presidente de la Nación la de conceder *indultos* (artículo 99, inciso 5). Sin embargo, en los últimos años se ha puesto en discusión si las facultades de amnistiar e indultar pueden operar también en caso de crímenes internacionales. En contra de esa posibilidad se han aducido dos argumentos, uno proveniente del derecho internacional y el otro del derecho interno, que significan límites jurídico-materiales a la concesión de amnistías e indultos en este tipo de crímenes. Desde el punto de vista del derecho internacional, la incorporación al derecho interno argentino de numerosos tratados internacionales de derechos humanos —por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que a partir de 1994 tienen rango constitucional— ha dado base contractual al *deber de persecución penal* que hasta ese momento solo podía recabarse del derecho internacional no contractual.<sup>88</sup> Los alcances de este deber de persecución han sido precisados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), justamente al informar en el caso referido a Argentina debido a la sanción de las leyes de Punto Final (ley 23.494) y Obediencia debida (23.521) y a la concesión de los indultos presidenciales que impidieron el juzgamiento de los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura militar de 1976-1983. En su informe final la CIDH, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) *in re Velázquez Rodríguez*, expresó:

El Estado está en el *deber jurídico* de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de *investigar seriamente* con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de *identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes* y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.<sup>89</sup>

De esta obligación de persecución se desprende no solo que el Estado argentino debe tipificar los crímenes internacionales, sino, asimismo, que debe abstenerse de dictar normas de amnistía o conceder indultos que favorezcan a quienes hayan cometido estos crímenes. De dictarse leyes de amnistía o indultos por estos crímenes (como ha sucedido de hecho en Argentina con las leyes de Punto Final y Obediencia debida y los indultos del entonces presidente Menem), se sostiene que los jueces de la Nación

---

<sup>87</sup> Así, la CSJN en *Priebke* (citado en nota 12). En la jurisprudencia inferior, cf. el voto del juez Schiffrin en *Schawammberger* (citado en nota 31).

<sup>88</sup> En este sentido *Ferrante*, p. 414.

<sup>89</sup> CIDH, Informe n° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, OEA/Ser.L/V/II.82, Doc 24, 2/10/92.

deberán declararlas inválidas.<sup>90</sup> Esta conclusión se refuerza con un argumento propio del orden constitucional argentino; específicamente, con la interpretación que la CSJN y parte de la doctrina han hecho del artículo 29 de CN. En efecto, al interpretar este precepto constitucional la CSJN ha negado la posibilidad de que una amnistía pueda comprender al delito de traición a la patria, ya que ello contradiría la voluntad de la propia CN, que por intermedio de este artículo 29 lo tipifica.<sup>91</sup> De este fallo, la doctrina ha extraído que la facultad del Congreso de la Nación de dictar amnistías se ve limitada en los casos en que exista un deber de persecución penal de jerarquía constitucional.<sup>92</sup> Este deber de persecución penal con jerarquía constitucional existe no solo en relación con el delito de traición a la patria, por su expresa previsión en el artículo 29, CN, sino también, respecto de los crímenes internacionales. En efecto, la obligación de persecución de crímenes internacionales tiene una doble base constitucional: por un lado, a través de la asignación de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales que contemplan esta obligación; por el otro, a través de la amplia recepción del derecho penal internacional por medio del artículo 118 de la CN. Por ello, si el Congreso de la Nación dictase una ley de amnistía que integre hechos comprendidos en un deber de persecución penal con base constitucional, como es el caso del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales, esta ley ha de ser declarada inválida, pues se opone a la voluntad misma de la CN. Esta interpretación se extiende a la facultad del Presidente de la Nación de conceder indultos.<sup>93</sup>

En relación con la *prohibición de retroactividad*, esta, en cuanto corolario del principio de legalidad, se opone al castigo de crímenes internacionales fundado en leyes posteriores a los hechos.

La posibilidad de un *bis in idem* está vedada en el derecho argentino por medio del artículo 8.4, CADH, pacto internacional con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN).

## **II. Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales**

La única peculiaridad en el ordenamiento jurídico argentino que podría afectar la punibilidad en un sentido amplio está dada por el tercer párrafo del artículo 50, CP, en cuanto establece que “no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos [...] previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar”. De este modo, la reiteración de delitos de aquellos previstos en el CJM que tipifican algunas conductas de crímenes

<sup>90</sup> Ferrante, p. 418, Sancinetti, p. 256. En la jurisprudencia, cf. el fallo *Poblete*, citado en nota 12.

<sup>91</sup> CSJN, Fallos 234: 16 (considerando 3).

<sup>92</sup> Cf. Ferrante, p. 421.

<sup>93</sup> Cf. Ferrante, p. 422; Sancinetti, p. 351.

<sup>94</sup> Véase el punto B.III del presente.

internacionales<sup>94</sup> no daría lugar a la declaración de reincidencia y por ello el autor no estaría sometido a las consecuencias jurídicas que esta declaración implica.<sup>95</sup>

### E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”

No existen diferencias procesales con respecto al procedimiento normal. En ambos casos, los juicios deben tramitarse por jurados por mandato constitucional (artículo 118), aunque esta institución jamás fue instaurada en el país.

### F. La práctica efectiva de persecución

En Argentina, la persecución penal de los hechos que podrían calificarse como crímenes internacionales ha tenido lugar mediante la utilización de las normas del derecho penal común. Así, por ejemplo, el juicio a los comandantes de las juntas militares se basó exclusivamente en tipos y normas penales del CP. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia comenzó paulatinamente a recurrir a normas del derecho internacional en este tipo de casos, abriendo de este modo la discusión sobre la incorporación y aplicación en el ámbito interno de las normas penales del derecho internacional. En lo que sigue se expondrán tres casos testigo que marcan claramente el estado en que se encuentra en Argentina la persecución penal con base directa en el derecho penal internacional. Estos casos son los pedidos de extradición de *Schwammberger* y *Priebke* y el caso *Poblete*.<sup>96</sup>

En el caso *Schwammberger* se trataba de resolver el pedido de extradición solicitado por el gobierno alemán del ex miembro de las SS Josef Schwammberger, acusado de ser autor de varios centenares de asesinatos durante la ocupación nazi en Polonia. El problema del caso consistía en saber si, para el derecho argentino, las normas alemanas que habían declarado la imprescriptibilidad de estos crímenes *con posterioridad a los hechos* eran conformes al principio de legalidad (artículo 18, CN).<sup>97</sup> Este fallo resulta de interés no tanto por la solución a la que se arribó —esto es,

---

<sup>95</sup> Las consecuencias son básicamente las siguientes: la no concesión de la libertad condicional (artículo 13, CP); su consideración para la determinación de la pena (artículo 41, inciso 2, CP); en caso de reincidencia múltiple la posibilidad, si se dan ciertas condiciones, de imponer la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (artículo 52, CP).

<sup>96</sup> Estos casos ya fueron expuestos, en mayor o menor medida, a lo largo del presente informe. Por tal razón, aquí solo se señalarán los rasgos fundamentales, remitiendo a la parte respectiva de este informe en la cual se tratan con mayor profundidad. El fallo *Schwammberger* está citado en la nota 31. Los fallos *Priebke* y *Poblete* en la nota 12.

<sup>97</sup> En Argentina, la pertenencia del instituto de la prescripción al derecho penal material, comprendido, por ende, en el concepto de “ley penal”, es una opinión común no solo en doctrina, sino también en la jurisprudencia de la CSJN. Cf., en este sentido, CSJN, Fallos 237: 76.

la concesión de la extradición—, sino especialmente por los problemas discutidos y los argumentos expuestos en uno de los votos de los jueces. Se trata del voto del juez Schiffrin, el cual tiene el gran mérito de haber dado un enorme impulso a la discusión sobre la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno. En su voto, Schiffrin consideró que, si bien en general una norma que agrava las condiciones de prescripción de un delito *ex post facto* contradiría el principio de legalidad, en el caso esto no sucedía por tratarse de un crimen internacional. En efecto, los hechos que se le imputaban a Schwammberger fueron tipificados por el juez como crímenes contra la humanidad y, por tal razón, imprescriptibles de conformidad con el derecho internacional. Pero Schiffrin fue más allá de afirmar la aplicación directa en el ámbito interno de la regla del derecho internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; expuso, también, por qué un agravamiento *ex post facto* no violaba el principio de legalidad. Argumentando con base en las finalidades del principio, el juez concluyó en que el *nullum crimen* no tiene una vigencia estricta en caso de crímenes internacionales.<sup>98</sup>

El caso *Priebke* se trató asimismo de un pedido de extradición. Esta vez, de la extradición solicitada por la República de Italia de Erich Priebke, integrante de las fuerzas armadas de ocupación alemanas en Italia, acusado de haber participado en la masacre de las Fosas Adreatinas, donde fueron asesinadas más de 350 personas. El caso asume una importancia particular porque, esta vez, fue la CSJN, tribunal de máxima jerarquía en el derecho argentino, la que lo resolvió aplicando normas del derecho penal internacional. En efecto, los votos de la mayoría de la CSJN calificaron a los hechos como crímenes de guerra y delito de genocidio y afirmaron su imprescriptibilidad. La tipificación de los hechos como crímenes internacionales y no en las normas del CP o del CJM se fundamentó en que “las descripciones típicas contenidas en los preceptos legales que sancionan atentados contra la vida —homicidio— no abarcan la ‘sustancia de la infracción’ que se atribuye a Erich Priebke, como sucede —en cambio— con las previsiones de los instrumentos internacionales antes mencionados”.<sup>99</sup> Sin embargo, el significado del fallo en cuanto a la amplitud de la aplicación del derecho penal internacional en el ámbito interno es menor de lo que parece. En uno de sus pasajes el fallo parece sugerir que esta aplicación del derecho penal internacional solo operaría para resolver pedidos de extradición, pero no en procesos que tengan por objeto la atribución de responsabilidad penal. En efecto, al discutir (y rechazar en el caso) la objeción de que en el derecho argentino no se prevé una *sanción* para los crímenes internacionales (solo su estructura típica puede recabarse de los instrumentos internacionales), se afirmó:

---

<sup>98</sup> Véanse con más detalle los fundamentos de este fallo y sus críticas en el punto B.b.4. del presente.

<sup>99</sup> Votos de los jueces Nazareno y Moline O’Connor (considerandos 28 y 29).

Que el hecho de que el legislador nacional no haya implementado “sanciones penales adecuadas” para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino solo de establecer [...] si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.<sup>100</sup>

De este modo, todo parece indicar que en un caso donde se juzgase en Argentina hechos de este tipo, la ausencia de una sanción expresa para penar crímenes internacionales podría constituir un obstáculo para la aplicación de las figuras penales del derecho internacional.<sup>101</sup>

En el llamado caso *Poblete*, la aplicación del derecho (penal) internacional en el ámbito interno no tuvo por objeto ya resolver un pedido de extradición, sino que se produjo en un proceso de atribución de responsabilidad. Los dos puntos relevantes del fallo en cuanto a la aplicación de normas del derecho penal internacional son los siguientes.

En primer lugar, la posibilidad de recurrir a normas del derecho penal internacional, en lugar de las del CP, para tipificar los hechos. En cuanto a esto, si bien el fallo afirmó esa posibilidad y consideró los hechos como crímenes internacionales, la tipificación concreta fue efectuada con base en las normas del derecho penal común. Como fundamento se alegó que “la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional” y que, a pesar de que las normas del derecho penal común “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos” pues “no valoran especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes”, el núcleo de estas conductas sí está abarcado por los tipos penales del CP.<sup>102</sup> De esta forma, el fallo eludió el problema de cómo habría de efectuarse tal aplicación directa y especialmente de cómo podría suplirse la ausencia de sanción. De todos modos, y pese a la tipificación de las conductas en normas del derecho penal clásico, el fallo afirma que “esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis [...] ni impide aplicarles

---

<sup>100</sup> Votos de los jueces Nazareno y Moline O’Connor (considerando 44) y voto del juez Bossert (considerando 56).

<sup>101</sup> Véase, asimismo, el punto B.b.4. del presente informe.

<sup>102</sup> Esta argumentación no resulta convincente por lo siguiente: si las normas del derecho penal común “no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos” al no valorar circunstancias esenciales para considerar a un crimen como crimen internacional, entonces no se explica por qué se insiste en una tipificación con base en este derecho penal común insuficiente, cuando (según el propio fallo) la aplicación directa de las figuras de derecho penal internacional, que sí consideran estas circunstancias esenciales, sería perfectamente factible. Esta falencia de argumentación, que escapa a cualquier razonamiento lógico (¿por qué utilizar una figura inadecuada pudiendo utilizar la que afirmo que es adecuada?), lleva a preguntarse si el recurso a las normas del derecho penal común no está, en realidad, dirigido a evitar enfrentarse con el problema de la ausencia de sanción, sin querer decirlo abiertamente.

las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes”.<sup>103</sup>

En segundo lugar, el fallo afirma la exclusión de la posibilidad de amnistiar crímenes internacionales, utilizando como uno de sus argumentos la existencia en Argentina de un deber de persecución proveniente del derecho internacional.<sup>104</sup> En efecto, el fallo ha declarado inválidas las leyes de Punto Final y Obediencia debida, conocidas como las *leyes de amnistía*, porque ambas tendrían como efecto el impedir la persecución penal de crímenes que el Estado argentino se ha comprometido internacionalmente a perseguir y sancionar, elevando incluso este compromiso a rango constitucional.

## G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

### I. *Proyectos de reforma*

El reclamo por la incorporación legislativa de crímenes de derecho internacional ha cobrado en los últimos años gran vigor. En la actualidad existen tres proyectos de ley en este sentido. Ellos son: proyecto presentado por el diputado Cafiero, el presentado por los diputados Rivas, González y Bravo y el elaborado por la Comisión Interministerial para la implementación del ECPI. Los dos primeros tienen estado parlamentario. De especial interés resultan los dos últimos proyectos mencionados, y especialmente el de la Comisión Interministerial, ya que aquí se propone una completa adecuación del derecho interno con motivo de la ratificación del ECPI, a través de la implementación de una suerte de CP internacional.

El proyecto de los diputados Rivas, González y Bravo, presentado el 27 de abril de 2001 al Congreso de la Nación, propone la modificación del CP mediante la incorporación de un nuevo título a su parte especial, el título XIII, que se denominaría “Delitos contra la Comunidad Internacional”. Como integrantes de este título se proyecta la incorporación de las figuras de *genocidio* (como artículo 303, CP), *apartheid* (como artículo 304, CP), *desaparición forzada de personas* (como artículo 305, CP), *delito de agresión* (como artículo 306, CP) y, dentro de los crímenes de guerra, las figuras de *empleo de medios bárbaros* (como artículo 307, CP), *empleo de medios pérfidos* (como artículo 308, CP) y *tratos inhumanos* (como artículo 309, CP). El proyecto prevé, asimismo, una serie de modificaciones a la parte general del CP, cuya aplicación se establece en relación con los delitos contra la comunidad internacional. Las modificaciones proyectadas son las siguientes: la imposibilidad de extinción de la acción penal por amnistía o prescripción (artículo 3 del proyecto); la imprescripti-

<sup>103</sup> Todas las citas corresponden a la parte IV, B del fallo *Poblete*, citado en nota 12. Véase, con más detalle en cuanto a los fundamentos del fallo sobre este aspecto (y sus críticas), el punto B.b.4.

<sup>104</sup> El otro argumento se basa en la interpretación del artículo 29, CN. Cf. al respecto el punto D.I.

bilidad de sus penas (artículo 4 del proyecto); la imposibilidad de indultar tales crímenes (artículo 5 del proyecto) y la reducción del alcance de la obediencia debida, la que no operaría si el autor ha tenido efectivamente la posibilidad de no acatar la orden (artículo 2 del proyecto).

El proyecto de la Comisión Interministerial no propone modificaciones al CP, sino que está concebido como una ley especial. Este proyecto es prácticamente idéntico, incluso en parte textualmente, al ECPI. En cuanto a los crímenes internacionales, tipifica el *delito genocidio* (en coincidencia con el artículo 6 del ECPI), los *crímenes de lesa humanidad* (en coincidencia con el artículo 7 del ECPI) y los *crímenes de guerra* (en coincidencia con el artículo 8 del ECPI). En cuanto a los presupuestos (positivos o negativos) de la punibilidad, el proyecto también coincide casi literalmente con el ECPI. Así, por ejemplo, el dolo (artículo 6 del proyecto) está regulado de modo casi idéntico al artículo 30, ECPI; la responsabilidad de los superiores jerárquicos (artículo 4 del proyecto) coincide casi plenamente con el artículo 28, ECPI; la participación criminal (artículo 2 del proyecto) está regulada de forma similar al artículo 25, ECPI; la obediencia debida (artículo 9 del proyecto) es coincidente con la regulación del artículo 33, ECPI; la regulación de la legítima defensa y el estado de necesidad (artículo 7 del proyecto) se condice con la del artículo 31, ECPI; la exclusión del error de prohibición (artículo 8, segunda parte del proyecto) está contemplada casi con las mismas palabras del artículo 32, 2, ECPI. Asimismo, el proyecto prevé explícitamente la jurisdicción de los tribunales argentinos también “por crímenes cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República” (artículo 1) y la obligación de juzgar a toda persona detenida en el país acusada de estos crímenes, en caso de que se negase su extradición a un Estado requirente (artículo 2).

## **II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia**

Los déficit constatados en la persecución penal de crímenes internacionales significan, absolutamente, según la opinión de la doctrina, un rezago con respecto a las obligaciones internacionales de persecución y sanción de crímenes internacionales asumidas por el Estado argentino a través de la firma de numerosos instrumentos internacionales, los cuales fueron, incluso, dotados de jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994. Este déficit radica, especialmente, en la ausencia de tipificaciones de crímenes internacionales en el derecho interno argentino. Por ello, en los pocos casos en que tribunales argentinos debieron juzgar los crímenes cometidos por quienes ocuparon el poder durante la dictadura militar de 1976-1983 (por ejemplo, el juicio a los comandantes), hubo de recurrirse a los tipos del derecho penal común.

Sin embargo, en los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia, redescubriendo el valor normativo del artículo 118 de la CN, han comenzado a afirmar la

aplicación de las normas del derecho penal internacional en el ámbito interno (imprescriptibilidad, exclusión de la posibilidad de dictar amnistías) y a encuadrar los hechos directamente como crímenes internacionales al resolver pedidos de extradición (voto de la mayoría en *Priebke*, voto del juez Schifffrin en *Schwammberger*), afirmándose incluso esta posibilidad (aunque de hecho este camino no ha sido transitado) en procesos de atribución de responsabilidad penal (en *Poblete*).<sup>105</sup> De esta forma, muchos de los déficit de legislación interna que impedían una persecución con base directa en el derecho penal internacional han comenzado a ser soslayados.<sup>106</sup> Por ello, puede coincidirse plenamente con la afirmación de Parenti, en el sentido de que en los últimos años ha existido “un cambio de actitud frente a la capacidad normativa del derecho penal internacional”, es decir, “una variación sustancial en el valor normativo que se le reconoce a tal derecho”.<sup>107</sup>

### **III. Debate jurídico-político**

El debate jurídico-político en Argentina respecto de crímenes internacionales se encuentra plasmado enteramente en los proyectos de ley a los que se ha hecho referencia.

#### **H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional**

No existen.

#### **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Argentina**

“El Estado argentino tiene, aún, una posición indefinida frente al derecho penal internacional”.<sup>108</sup> Esta afirmación de Ferrante puede servir para resumir en términos generales el estado de la situación en relación con la persecución de crímenes internacionales en Argentina. En efecto, a pesar de que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales por los cuales se ha comprometido a perseguir y sancionar a los autores de crímenes internacionales (y de haber incorporado la obligación de persecución en lo más alto de su pirámide normativa), puede afirmarse que históricamente no ha cumplido con tal deber. Este deber no ha sido quebrantado únicamente por la omisión legislativa de tipificar crímenes internacionales en el orden interno, sino también por la sanción de las llamadas leyes de amnistía y los indultos del entonces presidente Menem.

<sup>105</sup> Cf. sección F del presente informe.

<sup>106</sup> Respecto del problema de un juzgamiento con base directa en el derecho penal internacional en relación con el principio de legalidad, cf. punto B.b.4. del presente.

<sup>107</sup> Parenti, p. 3.

<sup>108</sup> Cf. Ferrante, p. 443.

Sin embargo, en los últimos tiempos y principalmente por el empuje de numerosos organismos no gubernamentales y gran parte de la doctrina (con el apoyo de un vasto sector de la sociedad), la jurisprudencia ha realizado avances en la persecución penal de crímenes internacionales. En efecto, aun sin modificaciones en la legislación interna, la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a recurrir, cada vez en mayor medida, a normas del derecho penal internacional, principalmente por medio de la amplia recepción que de este hace el artículo 118 de la CN. Como se ha afirmado, en los últimos tiempos se asiste a una variación sustancial del valor normativo del derecho penal internacional en el ámbito interno.<sup>109</sup>

No obstante ello, la búsqueda de *justicia* no debería llevar a admitir la reducción de garantías básicas en las que se asienta la República. Tal es el caso de quienes afirman la posibilidad de una persecución con base directa en los tipos del derecho internacional. En Argentina esa posibilidad está excluida por la plena vigencia del principio de legalidad. Una condena, incluso pronunciada contra autores de graves violaciones a los derechos humanos, que se fundara en severas violaciones de garantías básicas en las que se asienta un Estado democrático no tendría el efecto de reforzar los derechos humanos, sino más bien, el contrario.<sup>110</sup> Una condena de este modo solo podría, a lo sumo, tener efectos en el plano moral, pero no en el plano jurídico. No se trata de brindar mensajes *moralmente positivos* (lo que de todos modos reconduciría al problema de qué moral), sino *normativamente correctos*, en el sentido de respeto del derecho; respeto del derecho que se expresa con más fuerza y principalmente en el respeto de la Constitución de un Estado y de los principios que la modelan. Estos *principios jurídico constitucionales* son la expresión normativa de los valores fundamentales (culturales, sociales, políticos) sobre los que se asienta la misma conformación social, el mismo vivir en sociedad, principios éstos que comenzaron a consolidarse desde el iluminismo penal y que deben seguir consolidándose aun con más razón durante las democracias.

La carencia más importante del ordenamiento jurídico argentino es la inexistencia de tipos penales específicos de crímenes internacionales.

En conclusión, la cuestión referente a si el Estado argentino quiere hacer realidad la idea del ECPI de que la persecución penal de crímenes internacionales sea en primera línea una tarea estatal no es fácil de contestar. Argentina tuvo un papel importante en el proceso de gestación del ECPI, lo ha firmado y ratificado, existe un proyecto para elevarlo a jerarquía constitucional y cuenta ya con un proyecto exhaustivo para adecuar la legislación interna a este nuevo compromiso internacional. Objetivamente todo parece indicar que Argentina quiere hacer realidad esta idea. Sin embargo, la experiencia aconseja ser prudentes y no anticipar una respuesta muy optimista, pues, como se ha dicho, la República Argentina históricamente no ha cumplido con los compromisos internacionales en materia de persecución de crímenes internacionales que había asumido y a los cuales se había obligado.

---

<sup>109</sup> Parenti, p. 3.

<sup>110</sup> En cuanto a esto, cf. Malarino, *pássim*.

**Bibliografía**

- ABREGÚ, Martín, “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 3-31.
- ABREGÚ, Martín, y Ariel DULITZKY, “Las leyes ‘ex post facto’ y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno”, en *Lecciones y Ensayos*, n<sup>os</sup> 60-61, VI, Buenos Aires, 1994.
- AMBOS, Kai, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en esta obra, p. 25 (citado: Ambos, I).
- AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrecht. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002 (citado: Ambos, II).
- AYALA CORAO, “El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, en *El Derecho*, t. 160, Buenos Aires, pp. 779 y ss.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- BAEZA, Carlos, *Exégesis de la Constitución argentina*, t. 2, artículos 44 a 129, Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 77-88 (citado: Bidart Campos, I).
- BIDART CAMPOS, Germán, “La extradición de un criminal nazi por delitos contra la humanidad”, en *El Derecho*, t. 135, p. 323 (citado: Bidart Campos, II).
- BIDART CAMPOS, Germán, “La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, año LXIV, n<sup>o</sup> 161, 23 de agosto de 2000, p. 1 (citado: Bidart Campos, III).
- CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.
- COLAUTTI, Carlos, “El artículo 118 de la Constitución Nacional y la jurisdicción extraterritorial”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1998-F, p. 1101 (citado: Colautti, I).
- COLAUTTI, Carlos, “La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1999-E, p. 996 (citado: Colautti, II).
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DALLA VIA, Alberto, *Constitución de la Nación Argentina*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994.
- DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal comentado. Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.

- DELMAS-MARTY, Mireille, “The ICC and the interactions of international and national legal systems”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (dirs.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, 2002, pp. 1915-1931 (citado: Delmas-Marty, I).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun en gestation”, en Varios autores, *Variations autour d’un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 73-99. (citado: Delmas-Marty, II).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Droit international et droit comparé: interactions et internormativité”, en M. Chiavario (dir.), *Justice pénale entre passé et futur*, 2003 (en prensa) (citado: Delmas-Marty, III).
- DELMAS-MARTY, Mireille, “L’influence du droit comparé sur l’activité des Tribunaux pénaux internationaux”, en A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions nationales*, PUF, París, pp. 112 ss. (citado: Delmas-Marty, IV).
- DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* (VII: “Le processus d’internationalisation”) (citado: Delmas-Marty, V).
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le flou de droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, PUF, París, 1986 (citado: Delmas-Marty, VI).
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, t. II (artículos 28 a 41), Depalma, Buenos Aires, 1995.
- FERRANTE, Marcelo, en M. Sancinetti y M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- FRONZA, Emanuela, “Artículo 6. Genocide”, en Lattanzi-Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Il Sirente, Teramo, 2000 (citado: Fronza, I).
- FRONZA, Emanuela, en Fronza-Caianello, “Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale”, en *Indice Penale*, año V, n° 1, enero-abril 2002, pp. 307-334 (citado: Fronza, II).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Les dynamiques d’élaboration des normes pénales internationales devant les Tribunaux pénaux internationaux: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle”, en M. Chiavario (dir.), *Justice pénale entre passé et futur*, 2003 (en prensa) (citado: Fronza-Guillou, I).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Étude critique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide”, en Delmas-Marty, Muir Watt y Ruiz Fabri (dirs.), *Variations autour d’un droit commun*, París, 2002, pp. 273 ss. (citado: Fronza-Guillou, II).
- FRONZA, Emanuela, y Nicolas GUILLOU, “Le génocide: un laboratoire idéal pour la constitution d’un droit pénal commun”, en M. Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* (VII: “Le processus d’internationalisation”), pp. 189-209 (citado: Fronza-Guillou, III).

- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999.
- GÜNTHER, Klaus, “Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem“, en Lutz von Wingter y Klaus Günther (eds.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, p. 539-567.
- MALARINO, Ezequiel, “Funzione simbolice nel processo penale e significato simbolico del proceso penale. Alcune riflessioni a partire del caso Eichmann”, ponencia presentada en la Universidad de Macerata el 24 de mayo de 2002 (inérita).
- MONCAYO, Guillermo, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 89-104.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte general*, t. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- PARENTI, Pablo, “La persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Argentina entre 1976 y 1983”, inédito.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PICOTTI, Lorenzo, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale* (en prensa).
- ROBERTS, A. E., “Traditional and modern approaches to Customary International Law: A reconciliation”, en *American Journal of International Law*, 2001, p. 757.
- SAGÜES, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SANCINETTI, Marcelo, en M. Sancinetti y M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- SCHIFFRIN, Leopoldo, “*Ius gentium* y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia argentina”, en J. Méndez, M. Abregú y J. Mariezcurrena, *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 411-431 (citado: Schiffrin, I).
- SCHIFFRIN, Leopoldo, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, en M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 115-125 (citado: Schiffrin, II).
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1978.
- TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- VAN DE KERCHOVE, Michel, y François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, París, 1992 (citado: Van de Kerchove-Ost, I).

VAN DE KERCHOVE, Michel, y François OST, *De la pyramide au réseau*, Bruylant, Bruselas, 2002 (citado: Van de Kerchove-Ost, II).

ZUPPI, Alberto Luis, “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n° 9, pp. 389-414.

### ***Jurisprudencia argentina analizada***

*Priebke*, del 2/11/1995, CSJN. Texto reproducido en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, pp. 331 y ss.

*Schwamberger*, del 30/8/89, Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Texto reproducido en *El Derecho*, t. 135, pp. 323 y ss.

*Simon* (conocido también como *Poblete*), del 6/3/2001, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7. Texto reproducido en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, pp. 527 y ss.

**Elizabeth Santalla Vargas**

## **Bolivia**

### **A. Introducción**

El Estatuto de Roma que constituye la Corte Penal Internacional (CPI) fue suscrito por Bolivia el 17 de julio de 1998 y ratificado, mediante ley n° 2.398 de 24 de mayo de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial de Bolivia* n° 2.407 de fecha 19 de junio de 2002. Conforme al diseño constitucional (artículo 81 de la Constitución política del Estado [CPE]), es vinculante en la legislación interna a partir de la fecha de su publicación.

Si bien el Estatuto de Roma, producto del acto de ratificación, actualmente forma parte de la legislación interna, aún no ha suscitado en ella cambios importantes tendentes a su implementación. Más adelante se analizarán algunos anteproyectos de ley que resultan de importancia para el tratamiento de crímenes del derecho internacional, aunque su formulación no responde al contexto específico de implementación del Estatuto de Roma, sino más bien a los compromisos asumidos por el Estado boliviano en el momento de la ratificación de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

La CPE, cuya última reforma data de 1994, no hace referencia al rango o jerarquía normativa que adquieren los instrumentos internacionales en el derecho interno.<sup>1</sup> Esta laguna en cuanto al grado de integración del derecho internacional con el derecho interno ha contribuido a que el derecho internacional no haya tenido real vigencia en la cultura jurídica boliviana y quedara más bien en un plano declarativo. En efecto, como se advertirá más adelante, la mayor parte de los tratados ratificados sobre derechos humanos no ha sido objeto de la consiguiente implementación, lo que ha repercutido en su aplicación y vigencia práctica.

El artículo 120.9 de la CPE confiere al Tribunal Constitucional la facultad de conocer y resolver sobre la constitucionalidad de tratados o convenios, los cuales son ratifica-

---

<sup>1</sup> Sobre el tema véase Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001, pp. 44-45.

dos por el presidente de la República (artículo 96.2 de la CPE) previa aprobación del Poder Legislativo (artículos 96.2 y 59.12, respectivamente). Es decir, su incorporación al ordenamiento jurídico interno sigue el procedimiento legislativo y a partir de su ratificación se convierten en leyes internas. De conformidad con la primacía constitucional que establece el artículo 228, la CPE, como ley suprema del ordenamiento jurídico nacional, se aplica con preferencia a las leyes. De dicho marco normativo se entiende que los tratados se ubican por debajo de la CPE, en el rango de las leyes. No obstante, la jerarquía de estos con relación a las leyes ordinarias existentes en el momento de su incorporación al ordenamiento jurídico interno, y con relación a leyes posteriores a su entrada en vigor, quedan, entre otros aspectos emergentes de la relación del derecho internacional con el derecho interno, no resueltos por la CPE.

En este marco, en el proceso de ratificación del Estatuto de Roma, el Informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de marzo de 2002 destacó la concordancia del Estatuto de Roma con la CPE —análisis que se desglosará más adelante— en los siguientes aspectos: la entrega de personas a la CPI, la flexibilidad del Estatuto de Roma en cuanto a la imposición de penas conforme al derecho interno y el régimen de inmunidades.

El mencionado Informe surge en el contexto del grupo de trabajo conformado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia y Derechos Humanos y Defensa, que a petición de la Cámara de Senadores planteó su posición con relación a la ratificación del Estatuto de Roma. Resulta necesario referirse a la posición del Ministerio de Defensa, que mediante Informe de 24 de julio de 2001 recomendó la no ratificación, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. La ratificación entrañaría la adecuación del ordenamiento jurídico interno y principalmente de la legislación militar.

En efecto, la implementación del instrumento ratificado implica modificaciones en el ordenamiento jurídico interno y, como reconoce el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la adecuación del Código Penal Militar (CPM) a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 es imperiosa, más aun después de la ratificación del Estatuto de Roma.

2. La CPI no es independiente del Consejo de Seguridad de la ONU, en particular a partir de la aplicación del artículo 16 del Estatuto de Roma.

Al respecto cabe hacer referencia al carácter temporal de la potestad de solicitud de suspensión de la investigación o del enjuiciamiento que confiere el artículo 16 al Consejo de Seguridad y la específica exigencia de que dicho accionar esté jurídicamente respaldado por una resolución conforme al capítulo VII de la Carta de la ONU que confiere un carácter internacional y restrictivo a dicho accionar.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> J. Gómez-Benítez, *La CPI como órgano de jurisdicción universal. Algunos problemas que plantean condiciones para el ejercicio de la competencia y la naturaleza preferente de las jurisdicciones nacionales*, La Rábida (Huelva, España), 2001, pp. 3-4.

Es evidente que este fue uno de los aspectos de delicada discusión durante el proceso de negociación y debate del Estatuto de Roma, por cuanto el control de las investigaciones y procesamientos por el Consejo de Seguridad constituye un control político. En consideración a dichas críticas y al reconocimiento de que la eventual efectividad de la CPI dependerá, entre otros aspectos, de que la justicia internacional no comprometa el singular papel del Consejo de Seguridad, es que la versión final, al recurrir al capítulo VII de la Carta de la ONU, requiere que el Consejo de Seguridad realice la políticamente sensible determinación pública de que la continuación de una investigación o un procesamiento constituye un detrimento a la paz y seguridad internacionales. De esta manera se da un escrutinio y una limitación mayor a la potestad del Consejo de Seguridad, aunque es evidente que dicha intervención requerirá con el tiempo una mayor precisión, en particular respecto a las fases procesales a que dicha intervención se refiere.<sup>3</sup>

3. No renuncia a ningún medio de legítima defensa en caso de ataque armado.

La crítica al Estatuto de Roma en este sentido desconoce que su contenido, al incorporar los crímenes de guerra, no limita el derecho a la legítima defensa. Asimismo, ignora que el derecho internacional humanitario, traducido modernamente en los Convenios de Ginebra, y las consiguientes infracciones penales prescritas por el Estatuto de Roma, simplemente establecen reglas o límites normativos ante la inevitable existencia de un conflicto armado.

4. El ordenamiento jurídico boliviano es suficiente para juzgar y perseguir crímenes contra la seguridad personal.

Al margen de la terminología empleada (“crímenes contra la seguridad personal”), el argumento ignora el principio de complementariedad que orienta el Estatuto de Roma.

5. El Estatuto de Roma debilita la eficiencia militar que se basa en el principio disciplinario de la obediencia.

La crítica ignora que el concepto de obediencia debida no es absoluto ni irrestricto. Entre las garantías constitucionales, el artículo 13 de la CPE desconoce el argumento de órdenes superiores como eximente de la responsabilidad penal individual de quienes cometen atentados contra la seguridad personal. Asimismo, el artículo 12 de la CPE, que prohíbe la tortura y cualquier forma de violencia física o moral, reconoce la teoría de la responsabilidad de comando.

Puede apreciarse la falta de solidez en la posición del Ministerio de Defensa contraria a la ratificación. Por su parte, si bien el Informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reconoce la necesidad de implementación del Estatuto de Roma,

---

<sup>3</sup> Para ampliar la información con relación a la “historia legislativa” del artículo en cuestión, véase The Stanley Foundation, *The UN Security Council and the International Criminal Court. How Should they Relate?*, Report of the Twenty-Ninth UN Issues Conference, Nueva York, 1998.

básicamente enfoca dicha necesidad en el aspecto de cooperación y asistencia con la CPI. No obstante, tomando en cuenta que, en mérito al principio de legalidad, la implementación del Estatuto de Roma requiere esencialmente la adecuada tipificación de los crímenes de competencia de la CPI en el ordenamiento jurídico interno, es importante analizar la posibilidad de persecución penal de dichos crímenes partiendo del actual estado normativo.

El capítulo IV de la parte especial del Código Penal (CP), cuya última reforma data del año 1997,<sup>4</sup> tipifica bajo el título “Delitos contra el derecho internacional” los siguientes tipos penales: delitos contra jefes de Estado; violación de inmunidades; violación de tratados, treguas, armisticios o salvoconductos; genocidio; piratería; entrega indebida de persona; y ultraje a la bandera, el escudo o el himno de un Estado extranjero. Como puede advertirse, a excepción del genocidio, el mencionado capítulo no contempla los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra ni el crimen de agresión. Si bien existen algunos delitos que guardan cierta relación con estos, no resulta sencillo analizar la repercusión práctica de su tipificación al ser escasas la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre el particular.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

El artículo 138 del CP, que tipifica el crimen de genocidio, indica:

El que con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años. En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país. Si el o los culpables fueren autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días.

El tipo penal se ha mantenido inalterable desde que fue incluido en el CP de 1973 (decreto ley 10.426), artículo 138.

Como por lo general ocurre con los tipos penales del CP boliviano, la tipificación del genocidio es bastante genérica. A diferencia del Estatuto de Roma, entre los bienes jurídicamente tutelados el Estado boliviano omite la protección a los grupos raciales, pese a haber suscrito la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, en el mismo año. Asimismo, Bolivia es estado parte de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965.<sup>5</sup>

<sup>4</sup>Ley n° 1.768 de Modificaciones al CP, de 10 de marzo de 1997.

<sup>5</sup>Ratificada el 13 de agosto de 1970 mediante decreto supremo 9.345.

A diferencia del Estatuto de Roma, la descripción de la conducta de lesiones causadas a miembros del grupo en el CP no distingue entre las lesiones a la integridad física o mental, aunque puede entenderse que, como el tipo penal de lesiones gravísimas reconoce la enfermedad mental o corporal (artículo 270.1 del CP), la conducta de lesiones abarca ambos supuestos. Por el contrario, la conducta de traslado forzado de niños incluye también la de adultos. Al no especificarse el grupo de adultos, la tipificación del CP engloba en esta categoría a todos los grupos y, por consiguiente, la conducta queda referida a todas las personas (niños y adultos).<sup>6</sup>

El segundo párrafo del artículo 138 del CP, que extiende la tipificación a “masacres sangrientas en el país”, parece hacer referencia a las situaciones de conflicto armado no internacional, o en todo caso no deja clara su inserción en el tipo penal toda vez que el tipo ya protege la destrucción de grupos nacionales.

De entre las alternativas del *actus reus*, es de notar la diferencia que se suscita entre la formulación del CP y la del Estatuto de Roma con relación al sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción. Al referirse a “sometimiento a condiciones de inhumana subsistencia”, el CP excluye otras posibles condiciones que puedan acarrear la destrucción total o parcial del grupo. La definición de la Sala de Primera Instancia de *Akayesu*<sup>7</sup> es ilustrativa al respecto: considera que la expresión “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” incluye, por ejemplo, la sujeción del grupo a una dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de su vivienda y la reducción de servicios médicos básicos por debajo de requerimientos mínimos.<sup>8</sup> Asimismo, al cuestionarse sobre qué ha de entenderse por *condiciones de inhumana subsistencia*, se podría considerar que la formulación de esta conducta constitutiva del *actus reus* en el CP da pocos visos de objetividad.

Por otro lado, la pena resulta ciertamente incongruente con el injusto que implica el crimen de genocidio. En el caso de homicidio simple (artículo 251) el CP contempla una pena de cinco a veinte años de presidio, y para el asesinato (artículo 252) la pena máxima de treinta años de presidio sin derecho a indulto. En este contexto, si una supuesta conducta de genocidio fuera perseguida bajo el tipo penal de asesinato —que contempla entre sus hipótesis la muerte por motivos fútiles o bajos—, se obtendría una pena mayor que por el propio tipo de genocidio.

---

<sup>6</sup> Para mayor referencia, véase A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los Crímenes”, en *La nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 103.

<sup>7</sup> *Akayesu*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), Sala I de Primera Instancia, caso n° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

<sup>8</sup> Para mayor referencia, véase A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p. 102.

## II. *Crímenes contra la humanidad*

Ningún tipo penal especial del CP se ocupa de los actos acaecidos como parte de un ataque generalizado o sistemático (*widespread and systematic*) contra la población civil, descritos en el artículo 7 del Estatuto de Roma. En general, el concepto de *población civil* no constituye un bien jurídicamente protegido por el CP y por consiguiente no existe el tipo penal de crímenes contra la humanidad.

Algunos de los actos descritos en el artículo 7 del Estatuto de Roma corresponden a tipos penales de “criminalidad cotidiana” del CP, como asesinato (artículo 252), privación de libertad (artículo 292), vejaciones y torturas (artículo 295), violación (artículo 308), reducción a la esclavitud o estado análogo (artículo 291). Respecto a este último tipo, cabe apuntar que el Estado boliviano ratificó, en septiembre de 2000,<sup>9</sup> la Convención sobre la Esclavitud, de 1926, el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, de 1926, y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud, de 1956. No obstante, hasta la fecha, la implementación de estos instrumentos internacionales se reduce al mencionado tipo penal que textualmente indica: “El que redujere a una persona a esclavitud o estado análogo será sancionado con privación de libertad de dos a ocho años”.

Si bien las mencionadas conductas podrían ser perseguidas a través de los tipos penales citados de “criminalidad cotidiana”, al no existir el tipo penal específico se pierde el elemento de contextualidad que distingue la criminalidad ordinaria de los crímenes contra la humanidad.<sup>10</sup> Dado que estos últimos implican graves violaciones a los derechos humanos cometidas de manera sistemática en una multiplicidad de casos, la protección a la víctima o víctimas de un crimen contra la humanidad requiere especial tutela por el ordenamiento jurídico.

Es de advertir que las penas correspondientes a los tipos penales mencionados son irrisorias con relación a los injustos que ellos implican, aun tratándose de “criminalidad cotidiana”. Así por ejemplo, la pena para el tipo de reducción a la esclavitud o estado análogo es de dos a ocho años de reclusión. Lo propio ocurre con el tipo de privación de libertad, que contempla una pena sumamente baja para el injusto que conlleva: de seis meses a dos años, con un tercio de agravante. Con relación a la violación, el tipo penal, modificado mediante la Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual,<sup>11</sup> establece una pena privativa de libertad de cinco a quince años.

---

<sup>9</sup> Ley n° 2.116, de 11 de septiembre de 2000.

<sup>10</sup> Para mayor referencia véase K. Ambos y S. Wirth, “The Current Law of Crimes Against Humanity”, en *Criminal Law Forum* 13, 2002, pp. 1-90 (Kluwer Law International, Países Bajos).

<sup>11</sup> Ley n° 2.033, de 29 de octubre de 1999.

En febrero de 1999, el Estado boliviano ratificó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984.<sup>12</sup> El Comité contra la Tortura, establecido conforme al artículo 17 de la mencionada Convención, con relación al informe de Bolivia de mayo de 2001 determinó la inadecuada tipificación del delito de tortura (artículo 195 del CP), que, por un lado, no incluye varios de los supuestos del artículo 1 de la Convención y, por otro, delimita el ámbito de aplicación a la detención formal, que en la realidad boliviana ha demostrado ser la excepción.

Tampoco en este caso la pena guarda relación con el injusto que implica: dos a cuatro años con agravante hasta diez años en caso de producirse la muerte, más aún tomando en cuenta que la CPE, en su artículo 12, prohíbe toda especie de tortura, coacción o cualquier forma de violencia física o moral. Asimismo, el Comité observó la inactividad del Ministerio Público en la persecución de oficio de este tipo de delitos.

Con relación a la desaparición forzada de personas —conducta que marca el pasado dictatorial de Bolivia—,<sup>13</sup> corresponde mencionar que el Estado boliviano ratificó la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas en 1996,<sup>14</sup> pero hasta la fecha no la ha implementado. A pesar de la obligación impuesta por el artículo 3 de dicha Convención, la última reforma del CP, de 1997, no contempló la tipificación de este delito. Los tipos penales que de manera indirecta lo recogen —aunque, desde luego, no en el contexto preciso que involucra la desaparición forzada de personas— son la entrega indebida de persona (artículo 140 del CP) y la privación de libertad (artículo 292 del CP), los cuales establecen penas privativas de libertad extremadamente leves —uno a dos años y seis meses a dos años con agravante de un tercio, respectivamente— que tampoco fueron objeto de modificación en la mencionada reforma. Existe al presente un proyecto de ley para su tipificación, el cual será analizado en el punto G *infra*.

En cuanto al acto de persecución, si bien el Estado boliviano ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>15</sup> y su Protocolo de 1967,<sup>16</sup> el CP no contempla ningún tipo penal que traduzca la Convención o la asimile al ámbito del derecho penal, estableciendo consecuencias penales.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Ley n° 1.939, de 10 de febrero de 1999.

<sup>13</sup> En el juicio de responsabilidades que se siguió contra el ex dictador Luis García Meza, ante la inexistencia del tipo, la persecución penal no pudo dirigirse por el delito de desaparición forzada de personas. Lo propio ocurrió con el caso Trujillo, que llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo desarrollo se realiza más adelante.

<sup>14</sup> Ley n° 1.695, de 12 de julio de 1996.

<sup>15</sup> Adhesión mediante decreto supremo de 5 de mayo de 1980 y posterior ratificación mediante ley n° 2.071, de 14 de abril de 2000.

<sup>16</sup> Adhesión mediante decreto supremo de 5 de mayo de 1980 y posterior ratificación mediante ley n° 2.043, de 21 de diciembre de 1999.

<sup>17</sup> En este aspecto es de interés el pedido de extradición de refugiado peruano, en el que se requiere la extradición pasando por alto el principio de *ius cogens* del derecho internacional de no devolución, consagrado en la mencionada Convención, y se declara su procedencia. Véase el auto supremo de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de mayo de 1997.

Respecto al crimen de *apartheid*, cabe mencionar que la Convención Internacional sobre la Supresión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 1973, fue ratificada en septiembre de 2000.<sup>18</sup> Conforme a ella, los Estados parte están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir su comisión, las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones, y para castigar a las personas culpables de tal crimen.<sup>19</sup> No obstante, hasta la fecha, el ordenamiento jurídico penal tampoco ha tipificado esta conducta.

### III. Crímenes de guerra

Pese a que la historia de Bolivia está marcada por una serie de “guerras de independencia”,<sup>20</sup> y a pesar de ser Estado parte de los instrumentos internacionales relevantes, tampoco en este caso existe una adecuada implementación de estos instrumentos.

En efecto, tanto la Convención de Ginebra acerca de los heridos y enfermos en los ejércitos en campaña y la relativa a los prisioneros de guerra, de 1929,<sup>21</sup> la Convención de La Habana de 1928 sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles, de 1928,<sup>22</sup> así como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, fueron ratificados<sup>23</sup> por el Estado boliviano. No obstante, hasta la fecha no se ha asumido el compromiso que generan los Convenios de Ginebra en cuanto a la adopción de las medidas legislativas necesarias para establecer sanciones penales a las infracciones graves del derecho internacional humanitario. Así, el CP no contempla la tutela jurídica para las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, ni en el caso de conflictos armados internacionales ni en el caso de conflictos armados no internacionales.

---

<sup>18</sup>Ley n° 2.116, de 11 de septiembre de 2000.

<sup>19</sup>Para mayor referencia, véase P. Camargo, *Manual de derechos humanos*, Bogotá, 2001, pp. 270-273.

<sup>20</sup>*Grosso modo*: en 1539 Francisco Pizarro conquista el Alto Perú. En 1776 Bolivia pasa a depender del virreinato del Río de la Plata (hasta entonces había formado parte del virreinato del Perú). En 1809 se produce la revolución del 16 de julio de La Paz. En 1824 se desata la batalla de Junín y se proclama la independencia de Bolivia en 1825. En 1830 se suscita la batalla de Ayacucho. En 1879 comienza la guerra del Pacífico contra Chile, que concluye en 1894 con la derrota de Bolivia y la consiguiente pérdida de la provincia costera de Atacama, que representaba su única salida al océano Pacífico. Entre 1900 y 1903 tiene lugar la guerra del Acre, contra Brasil. En 1932 comienza la guerra del Chaco contra Paraguay, tras la cual se firma el armisticio de Buenos Aires. Para mayor referencia, véanse F. Cajías, *La provincia de Atacama*, Instituto Boliviano de Cultura, La Paz, 1975, p. 390; R. Querejazu Calvo, *Guano, salitre, sangre*, Los Amigos del Libro, La Paz, 1979, p. 825; E. Finot, *Historia de Bolivia en imágenes*, Alentar, La Paz, 1981; Mesa y otros, *Historia de Bolivia*, Gisbert, La Paz, 1998.

<sup>21</sup>Ley de 14 de agosto de 1935.

<sup>22</sup>Ley n° 252, de 15 de septiembre de 1950.

<sup>23</sup>Ley n° 1.151, de 5 de abril de 1990.

Los únicos tipos del CP que guardan cierta relación con el conflicto armado internacional, correspondientes al capítulo I del título I (“Delitos contra la seguridad exterior del Estado”), son: introducción clandestina y posesión de medios de espionaje (artículo 112), actos hostiles (artículo 114), sabotaje (artículo 118) y delitos contra un Estado aliado (artículo 120).

El tipo del CP que guarda cierta relación con el conflicto armado no internacional, correspondiente al capítulo II del título I (“Delitos contra la seguridad interior del Estado”), es el de alzamiento armado contra la seguridad y soberanía del Estado (artículo 121):

Los que organizaren o integraren grupos armados irregulares, urbanos o rurales, bajo influencia interna o externa, para promover enfrentamientos armados con las fuerzas regulares o de seguridad pública, o para cometer atentados contra la vida y seguridad de las personas, la integridad territorial o la soberanía del Estado, serán sancionados con la pena de quince a treinta años de presidio.

Puede advertirse que este tipo criminaliza en sí la organización o participación en grupos armados irregulares.

Es el CPM de 1976<sup>24</sup> el que, en todo caso, resulta de mayor relevancia para el análisis en cuestión, toda vez que su ámbito de aplicación se extiende a los delitos cometidos en situaciones de “guerra interna o externa”, no solo por miembros de las fuerzas armadas sino también por civiles, sean nacionales o extranjeros, que afecten “materias y lugares militares” (artículo 1). Sin embargo, a partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP),<sup>25</sup> que en su artículo 48 prohíbe expresamente el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar, se entiende la tácita derogatoria de la mencionada disposición. El capítulo V del CPM comprende como “delitos contra el derecho internacional” los siguientes: hostilidad contra país extranjero (artículo 65), presión en prisioneros de guerra (artículo 66), ataque y destrucción indebida (artículo 67), violación de territorio extranjero (artículo 68) y violación de tratados (artículo 69).

De entre los tipos mencionados, con relación a los crímenes de guerra puede rescatarse el correspondiente al artículo 66: “El militar que en el trato a los prisioneros de guerra no observase las normas pertinentes de los tratados internacionales, sufrirá la sanción de uno a cinco años de reclusión”. No obstante, es de advertir la generalidad del mencionado tipo —que en realidad constituye el objeto en sí del Convenio III de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra, de 1949— y la sanción de su incumplimiento con una pena irrisoria. Situación similar se presenta con el tipo de violación de tratados, que sin siquiera precisar a qué tratados o convenios se refiere sanciona la violación con uno a cinco años de reclusión. Es el tipo de “ataque y des-

---

<sup>24</sup> Decreto ley 13.321, de 22 de enero de 1976.

<sup>25</sup> 25 de abril de 2001.

trucción indebida” el que guarda cierta relación con el artículo 8.2, *b*, ix, y 8.2, *e*, iv, del Estatuto de Roma, con relación a los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Teniendo en cuenta que la caracterización de los crímenes de guerra está dada por el contexto de su comisión y las personas o los bienes contra los que son cometidos,<sup>26</sup> puede afirmarse que la mayor parte de los delitos comprendidos en el CPM no constituyen *per se* crímenes de guerra, sino, en todo caso, “delitos militares”, como los denomina el propio artículo 7, o violaciones a los códigos de conducta militar. Así por ejemplo, se contemplan tipos como el “ultraje a la Nación y sus símbolos” (artículo 162) y el “faltamiento a palabra de honor” (artículo 164), entre otros.

#### **IV. Crimen de agresión**

No es objeto de tipificación penal.

#### **V. Otros tipos penales del derecho penal internacional en el derecho nacional**

El capítulo IV del CP, referente a delitos contra el derecho internacional, contempla el clásico delito de piratería reconocido por el derecho internacional como un crimen de *customary international law*<sup>27</sup> (artículo 139). Asimismo, en el artículo 140, bajo el *nomen juris* “entrega indebida de persona”, se tipifica la conducta que violenta o ignora el procedimiento de extradición.

Por su parte, el artículo 133 del CP tipifica el delito de terrorismo, aunque no en un ámbito internacional. Puede advertirse que está catalogado en el capítulo III (“Delitos contra la tranquilidad pública”) y no en el capítulo IV (“Delitos contra el derecho internacional”).

En noviembre de 2001, como consecuencia de los efectos e intereses en las relaciones internacionales emergentes de los atentados del 11 de septiembre, el Estado boliviano ratificó las convenciones internacionales relacionadas con el terrorismo internacional en un tiempo récord para la práctica legislativa del país. En efecto, el 27 de noviembre de 2001 se promulgaron las leyes de ratificación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo<sup>28</sup> y el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Para mayor referencia, véase K. Dörmann, “Crímenes de guerra en los Elementos de los Crímenes”, en *La nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 112.

<sup>27</sup> Para mayor referencia, véase B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, pp. 23-24.

<sup>28</sup> Ley n° 2.279, de 27 de noviembre de 2001.

<sup>29</sup> Ley n° 2.280, de 27 de noviembre de 2001.

Asimismo, en diciembre de 2001 se ratificaron la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional,<sup>30</sup> el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección,<sup>31</sup> el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima,<sup>32</sup> el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas,<sup>33</sup> la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares,<sup>34</sup> la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos,<sup>35</sup> el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que prestan Servicio de la Aviación Civil Internacional<sup>36</sup> y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental.<sup>37</sup>

De particular importancia en el caso boliviano, y como excepción en el panorama general, resulta la implementación de las Convenciones sobre el Narcotráfico,<sup>38</sup> que generó una ley y un proceso penal especiales regidos por la comúnmente denominada *ley 1.008*.<sup>39</sup> En efecto, después de la ratificación de la Convención de Viena de 1988 sobre el Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas<sup>40</sup> y la consiguiente promulgación de la ley 1.008<sup>41</sup> en el mismo año, por primera vez en la historia de Bolivia el cultivo de la hoja de Coca es considerado ilegal en gran parte del territorio, excepto las llamadas *zonas tradicionales*. Posteriormente, en 1996, se suscribió con los Estados Unidos un nuevo Tratado de Extradición, por el que son sujetos a extradición los crímenes relacionados con el narcotráfico.

<sup>30</sup> Ley n° 2.284, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>31</sup> Ley n° 2.285, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> Ley n° 2.286, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>33</sup> Ley n° 2.287, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>34</sup> Ley n° 2.288, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>35</sup> Ley n° 2.289, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>36</sup> Ley n° 2.290, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>37</sup> Ley n° 2.291, de 5 de diciembre de 2001.

<sup>38</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Narcotráfico, de 1961, y su Protocolo, de 1972. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas, de 1988 (Convención de Viena de 1988).

<sup>39</sup> Ley n° 1.008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, de 19 de julio de 1988.

<sup>40</sup> La Convención cataloga la hoja de coca como un precursor ilícito para la elaboración de la cocaína (artículos 3, 14).

<sup>41</sup> Desde su promulgación, la legitimidad de la ley n° 1.008 ha sido objeto de cuestionamiento, en particular por sus implicaciones constitucionales al invertir la presunción de inocencia en el proceso penal especial y representar una sistemática violación del debido proceso. En alguna medida la fuerte connotación constitucional de esa ley fue atenuada con la promulgación de la Ley n° 1.685 de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal, de 2 de febrero de 1996, y en mayor amplitud con la derogatoria expresa e implícita establecida por el nuevo CPP. Para mayor referencia, véase R. Imaña Arteaga, "Informe nacional Bolivia", en *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

## C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

### I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

Conforme al artículo 1 del CP, el poder punitivo nacional se asienta en los principios de territorialidad, de personalidad activa, real o de defensa, y de universalidad. De entre ellos, puede considerarse que es el principio de territorialidad<sup>42</sup> el que rige la conexión para el ejercicio del poder punitivo en el sistema jurídico boliviano, lo que se denota por ser no solo el primero enunciado en el CP sino también el que por lo general tiene aplicación en la práctica jurídica en el momento en que la jurisdicción asienta competencia en razón de la persona.

Teniendo en cuenta que el atributo de la soberanía está profundamente enraizado en la cultura normativa y práctica boliviana, puede considerarse que, de los criterios doctrinales<sup>43</sup> que explican el principio de territorialidad, el político —que considera al derecho penal fruto de la soberanía y por tanto aplicable en los límites territoriales— es determinante. En consecuencia, los demás principios resultan complementarios, también en el caso de una supuesta persecución doméstica de crímenes internacionales.

El principio de universalidad, consagrado en el artículo 1.7 del CP, adopta una remisión genérica a los tratados y convenciones vinculantes para el Estado boliviano que conlleven la obligación del ejercicio de la persecución penal, aun cuando el delito no sea cometido en su territorio. Puede advertirse que la formulación de este principio es poco elocuente en cuanto al grado de limitaciones del poder punitivo. No obstante, siguiendo una línea de interpretación general, se infiere que, conforme lo estipula el artículo 90 del CPP (efectos de la rebeldía), no existe la posibilidad de juicio en rebeldía. En consecuencia, la presencia del acusado en territorio nacional constituye una condición objetiva lógica.

Por otro lado, en mérito al principio de legalidad (artículo 16.4 de la CPE), ha de entenderse que, al margen de la ratificación de instrumentos internacionales que contemplen delitos contra el derecho internacional, la aplicación del principio de universalidad, a los efectos del artículo 1.7 del CP, está supeditada a su tipificación en el derecho interno. Un claro ejemplo de este condicionante en el caso boliviano es la imposibilidad de persecución penal doméstica del delito de desaparición forzada de personas ante la inexistencia del tipo penal, pese a haberse ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en 1996.

Con relación a la aplicación del principio de universalidad a los crímenes de guerra, es curioso que, pese a ser insuficiente la política legislativa en cuanto a la implementación de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales

---

<sup>42</sup> Su formulación no solo comprende el territorio nacional, sino también los lugares sometidos a la jurisdicción boliviana y los delitos cuyos resultados se producen o deben producirse en ellos.

<sup>43</sup> Para mayor referencia, véase H. Grisanti Avelado, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Vadell, Valencia, 1981.

de 1977, como se ha advertido, el CPM, en su artículo 1.7, contempla el mencionado principio con la misma formulación del CP respecto a los “delitos militares”.

Finalmente, es importante notar la ausencia del principio de personalidad pasiva, lo que denota el grado o interés de protección de los derechos humanos en el sistema penal boliviano.

## ***II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución***

En cuanto al tipo de acción penal, el procedimiento penal boliviano efectúa dos distinciones generales que orientan las políticas de persecución o discrecionalidad de la persecución: delitos de acción pública (artículo 16 del CPP), que incluye la categoría de delitos de acción pública a instancia de parte (artículo 17 del CPP), y delitos de acción privada (artículo 18 del CPP).

Asimismo, el nuevo CPP reconoce, en el ejercicio de la acción penal, criterios de oportunidad reglada que permiten al órgano acusador prescindir de la persecución de cierta clase de delitos a partir de parámetros universalmente admitidos, tales como delincuencia de bagatela, pena natural, saturación de la pena y pena de menor importancia con relación a otros delitos o a la que se impondría en un proceso tramitado en el extranjero, siendo procedente la extradición solicitada.<sup>44</sup> Sin embargo, no efectúa distinciones entre hechos nacionales y transnacionales o entre nacionales del Estado y extranjeros.

Conforme al esquema procesal penal boliviano, los delitos de competencia de la CPI, en la extensión actual de su tipificación, son delitos de acción pública sobre los que rige el principio de legalidad. Los principios de oportunidad reglada reconocidos por el CPP, de acuerdo con su formulación, resultan poco aplicables para el caso de estos crímenes. En efecto, como se advierte del mencionado artículo 21 del CPP, los criterios de escasa relevancia social, perdón judicial, pena de escasa importancia, no resultarían relevantes.

## **D. Presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena**

### ***I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma***

Dado que los crímenes de competencia de la CPI, conforme al análisis efectuado, están en cierto grado tipificados en el CP y en el CPM,<sup>45</sup> corresponde cotejar ambas normas para el análisis del punto en cuestión.

---

<sup>44</sup> República de Bolivia, Ministerio de Justicia, “Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal. Lineamientos generales”, 1996.

<sup>45</sup> Toda vez que el CPM y el CPPM constituyen leyes especiales, son de aplicación preferente con relación a los “delitos militares”; en estos casos el CP es solamente de aplicación supletoria.

1. Conforme al artículo 13 *quater* del CP, el delito es *doloso* a menos que la ley sancione expresamente el delito *culposo*. Por el contrario, el CPM, si bien define el dolo y la culpa en sus artículos 11 y 12 respectivamente, no contiene la mencionada especificidad del CP.

Tomando como base los tipos penales antes analizados, se advierte que el tipo de *genocidio* es un delito doloso que requiere el propósito de incurrir en la conducta, en el sentido del artículo 30 del Estatuto de Roma. Asimismo, los tipos de *asesinato*, *reducción a la esclavitud o estado análogo*, *privación de libertad*, *vejaciones y torturas* y *violación* son tipos dolosos, aunque, como se ha señalado, su tipificación en el CP responde solo a la criminalidad cotidiana. Del mismo modo, son dolosos los tipos de *introducción clandestina y posesión de medios de espionaje*, *actos hostiles*, *sabotaje* y *delitos contra un Estado aliado*.

La definición del dolo contemplada en el artículo 14 del CP considera que el tipo doloso implica la producción de un resultado. Es decir, para que exista dolo basta querer la realización del tipo objetivo. En realidad, entiende la realización de una conducta como la realización de un hecho previsto en el tipo penal, asimilación que no resulta del todo precisa. No obstante, considera también altos parámetros de culpabilidad, vale decir, la voluntad y el conocimiento.

Por el contrario, la definición del dolo en el CPM (artículo 11) —“Existe delito doloso cuando el resultado antijurídico ha sido querido, previsto y ratificado por el agente, o cuando es consecuencia directa de su acción”—, similar a la que existía en el antiguo CP, es inconsistente con la teoría del delito en razón de que la consecuencia directa objetiva puede responder tanto a conductas dolosas como culposas.<sup>46</sup>

2. El CP adopta el sistema de *numerus clausus* (artículo 13 *quater*), por lo que la conducta no descrita por un tipo *culposo* específico, cual es el caso de los delitos citados en el punto anterior, no constituye delito. Por el contrario, el CPM no contiene una previsión en ese sentido, lo que genera una peligrosa *lacuna* para el tratamiento del principio de culpabilidad de los denominados “delitos militares”.

Es de advertir que el recaudo previsto por el Estatuto de Roma en su artículo 30, que vincula la responsabilidad penal a la existencia de *mens rea*, “salvo disposición en contrario”, que surte efectos especiales con relación a la responsabilidad de mando,<sup>47</sup> es inexistente en el CP al margen de la figura del delito culposo, inaplicable para los delitos en cuestión.

3. El CP contempla tanto el *error de hecho* como el *error de derecho*, bajo las denominaciones “error de tipo” y “error de prohibición”, consignados en el artículo 16.1 y 16.2 respectivamente.

<sup>46</sup> Para mayor referencia véase R. Blattman, “Exposición de motivos de la Ley n° 1.768 de Modificaciones al Código Penal”.

<sup>47</sup> Para mayor referencia véase W. Schabas, “Principios generales de derecho penal”, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Sin embargo, a diferencia del artículo 32 del Estatuto de Roma, el error de tipo o error de hecho, de acuerdo con la formulación del CP, exime de responsabilidad penal cuando puede considerarse como invencible o insuperable, mas no solo con respecto al elemento de intencionalidad sino con relación a cualquier elemento constitutivo del tipo penal. No obstante, tomando en cuenta que, conforme lo apuntado anteriormente, el tratamiento del CP, aunque incipiente, de los delitos que atentan contra el derecho internacional los considera como delitos dolosos, puede inferirse que el error de hecho cobra relevancia cuando afecta el elemento de intencionalidad, conforme el lineamiento del Estatuto de Roma. Una regulación más precisa en ese sentido resultaría conveniente.

Asimismo, el error de prohibición o error de derecho tiene un tratamiento distinto del que recibe en el Estatuto de Roma. En tanto que, conforme al Estatuto de Roma, el error de derecho por regla no constituye un eximente de responsabilidad penal, a menos que afecte por completo el elemento intencional o constituya una excepción con relación al acatamiento de órdenes superiores, el CP, por el contrario, lo considera como eximente de responsabilidad penal al afectar cualquier elemento constitutivo del tipo penal siempre que se considere invencible. En consecuencia, puede advertirse una regulación mucho más atenuada que la prescrita por el Estatuto de Roma, que respecto a crímenes contra el derecho internacional no parece guardar un equilibrio adecuado.

Por su parte, el CPM, en su artículo 13.1, reconoce solo el *error de hecho*, de una manera mucho más ambigua o imprecisa que el CP, al referirse al error en las “circunstancias determinantes del hecho”.

4. Con relación a la *tentativa*, al no existir una formulación especial para los casos de delitos que atentan contra el derecho internacional, es de aplicación la formulación general del artículo 8 del CP, que como criterio determinante del comienzo de la ejecución establece la realización de actos idóneos o inequívocos. Dicha formulación ha sido objeto de crítica por establecer como criterio determinante un criterio procesal o de prueba.<sup>48</sup> Similar definición contiene el artículo 6 del CPM.

Por su parte, respecto al *desistimiento y arrepentimiento*, la formulación del artículo 9 del CP, de manera expresa, alcanza también el desistimiento en la tentativa cualificada, es decir, cuando en la tentativa quedan consumados actos que constituyen delitos por sí mismos. Similar formulación contempla el artículo 7 del CPM.

5. De las formas de *participación criminal*, la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata o indirecta son reconocidas por el artículo 20 del CP. Asimismo, la figura del cómplice, mas no del encubridor, está prescrita por el artículo 23 del CP, aunque de la formulación que plantea el mencionado artículo (“y el que en virtud de promesas anteriores preste asistencia o ayuda

---

<sup>48</sup> Véase E. Zaffaroni, *Manual de derecho penal. Parte general*, Cárdenas, México, 1988.

con posterioridad al hecho”) podría entenderse que comprende también la figura del encubridor. No obstante, puede advertirse que, a diferencia del Estatuto de Roma, la formulación del CP no incluye la complicidad en la tentativa al referirse a la cooperación en la ejecución “del hecho antijurídico doloso” (artículo 23).

Otra omisión importante con relación a los crímenes de derecho internacional es la falta de consideración de la intervención a través de órdenes, vinculada a la cadena de responsabilidad de los jefes o superiores.

Respecto a la instigación, a diferencia del Estatuto de Roma, el CP no contempla de manera específica la instigación directa y pública a cometer genocidio. La conducta de instigación pública a delinquir está tipificada por el artículo 130 del CP y, a diferencia del Estatuto de Roma, no requiere el carácter directo de la instigación. Dicha tipificación, en su forma agravada (tres meses a dos años de reclusión), no incluye los crímenes contra el derecho internacional, toda vez que las categorías que establece como agravante son la “seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional”, y se castiga con una pena muy baja, sobre todo por tratarse de una hipotética instigación directa y pública del delito de genocidio o de otros crímenes contra el derecho internacional.

Teniendo en cuenta que la persecución de crímenes contra el derecho internacional está usualmente dirigida a quienes organizaron, planearon o incitaron a su comisión, la formulación de los grados y niveles de complicidad que plantea el CP no resulta suficiente para dicho contexto.

Por su parte, el CPM, en sus artículos 17 y 18, también contempla las figuras de autoría directa, coautoría y autoría mediata o indirecta, aunque la definición de la autoría mediata (artículo 18) corresponde más bien a la figura del instigador. La complicidad está reconocida en el artículo 20 y la figura del encubridor puede considerarse incluida en el artículo 20.2. En general, las mismas observaciones realizadas con relación al CP son aplicables al CPM, adicionando la inadecuada formulación del régimen de participación criminal, que no solo confunde las diferentes formas de participación, sino que no contempla para ellas una escala penal, fuera del artículo 35, relacionado con la gradación de la pena para el caso de complicidad.

6. La *comisión por omisión* está prescrita en el artículo 13 *bis* del CP para los delitos de resultado, con relación a quienes se encuentran en posición de garantes del bien jurídico lesionado por la omisión del especial deber de cuidado. Por su parte, el CPM, en su artículo 19, también contempla esta forma de comisión y de manera expresa reconoce en ella la participación criminal.

7 y 8. Si bien el CP no establece ninguna *responsabilidad especial del superior jerárquico*, el CPM, en su artículo 13.3, contempla como causa de inculpabilidad la “obediencia jerárquica”; en la misma disposición establece la responsabilidad de quien da la orden y la causal de justificación de quien actúa

en cumplimiento de una orden. Este último caso tiene lugar siempre y cuando exista una relación de inmediata dependencia entre el superior y el inferior que ejecuta la orden, que esta se dé en el contexto de las relaciones habituales de la jerarquía militar, reúna las formalidades reglamentarias y no constituya una “clara” violación de preceptos constitucionales.

De tratarse de una orden inconstitucional, el CPM prevé la *remonstratio* para actuar como eximente de responsabilidad. Vale decir, que el inferior efectúe la representación del contenido antijurídico de la orden, bajo pena de ser igualmente responsable. Esta previsión está en concordancia con la CPE, que en su artículo 13 determina de manera expresa que en el caso de “atentados contra la seguridad personal” son responsables los autores inmediatos. Asimismo, el artículo 112.5 de la CPE excluye, con relación a los autores inmediatos, el cumplimiento de órdenes superiores como causal de justificación ante la violación de garantías constitucionales durante el estado de sitio o de excepción.

Cabe notar que, con relación a la responsabilidad penal imputable a los ministros de Estado por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, la CPE, en su artículo 106, desconoce todo efecto exculpante que pudiera tener el cumplimiento de una orden verbal o escrita del presidente de la República.

Por su parte, el artículo 11.2 del CP exonera de responsabilidad penal al que “en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno. II. El exceso en las situaciones anteriores será sancionado con la pena fijada para el delito culposo. Cuando proviniere de una excitación o turbación justificables por las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, estará exento de pena”.

El efecto exculpante que el cumplimiento de una orden tiene en el CP, que en realidad lo entiende como cumplimiento de la ley o de un deber, es bastante amplio al no incorporar limitaciones precisas y, más aún, admitiendo el exceso en una “excitación o turbación”. En efecto, las limitaciones concurrentes que establece el artículo 33 del Estatuto de Roma —vale decir, el desconocimiento de la ilicitud de la orden y el carácter no manifiestamente ilícito de ella (como las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad)— están ausentes en el CP. La amplitud de dicho efecto exculpante es reforzada con el planteamiento, antes abordado, del error de derecho. Asimismo, a diferencia del Estatuto de Roma, la formulación del CP apunta hacia las órdenes emitidas en un contexto oficial o de gobierno.

En síntesis, puede advertirse que la responsabilidad del superior jerárquico (*command responsibility*)<sup>49</sup> no está, por lo menos de manera expresa, reconocida en la CPE ni en el CP.

---

<sup>49</sup> Sobre la teoría del *command responsibility* o responsabilidad del superior jerárquico, véase K. Ambos, “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, en *La nueva justicia penal supranacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

9. La *legítima defensa* constituye un eximente de la responsabilidad penal, conforme el artículo 11.I, 1, del CP. A diferencia del Estatuto de Roma, que en su artículo 31.1 *c* considera la legítima defensa ante el uso de la fuerza ilícito y actual, el CP se refiere a la agresión injusta e inminente. Si bien los términos *actual* e *inminente* podrían entenderse como sinónimos, no ocurre lo propio con *injusto* e *ilícito*. Asimismo, el CP emplea el término *agresión*, que ante una eventual tipificación del delito de agresión podría suscitar dificultades de interpretación.

La ampliación de la legítima defensa, en el contexto de los crímenes de guerra, a los bienes protegidos y el tratamiento de la argumentación de participación en una fuerza que realice una operación de defensa que establece el Estatuto de Roma resultan también ajenos al CP, que no regula la legítima defensa en el contexto de un conflicto armado. Por su parte, el CPM, en su artículo 8.1, reconoce la legítima defensa como causal de justificación, con la misma formulación del CP.

10. El *estado de necesidad*, conforme al artículo 8 del CPM, constituye eximente de responsabilidad. A diferencia del Estatuto de Roma, cuyo artículo 31.1 *d* restringe su aplicación al contexto de amenazas de muerte o lesiones corporales, el CPM se refiere, de manera más general, a la causación de un mal para evitar otro mayor. Asimismo, si bien el CPM incluye el *dolus* correspondiente, a diferencia del Estatuto de Roma, que requiere de una acción necesaria y razonable, el CPM se refiere a la inexistencia de otra alternativa, parámetro que parecería ser más alto.
11. Con relación a la *edad mínima*, conforme a los artículos 5 del CP y 5 del CPM, a diferencia del Estatuto de Roma, son penalmente imputables los mayores de 16 años en el momento de la comisión del delito y no existe una mayoría de edad penal distinta para el caso de crímenes contra el derecho internacional. No obstante, puede advertirse que la CPE, en su artículo 220.I, plantea el ejercicio de los derechos ciudadanos a partir de los 18 años, al igual que el ejercicio de la capacidad de obrar que establece el Código Civil, de modo que en el ordenamiento jurídico boliviano no existe una mayoría de edad uniforme.
12. Respecto a las *reglas de determinación de la pena*, el CP establece en su artículo 37, como parámetros de determinación, la “personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito”. Por su parte, el artículo 38 establece las circunstancias para apreciar la personalidad del autor. Pese a la terminología restrictiva empleada por el CP, que hace alusión únicamente al autor del delito, excluyendo las otras formas de participación criminal, ha de entenderse que dichas reglas son de aplicación también para los otros casos de participación criminal reconocidos por el mismo CP.

No existen reglas de determinación de la pena especiales para el caso de crímenes contra el derecho internacional en el CP. No obstante, tratándose del concurso de delitos, el CP sigue la lógica empleada por el Estatuto de Roma.

Sin embargo, con relación a los crímenes de guerra, resulta importante analizar las peculiares causales atenuantes y agravantes que contempla el CPM en sus artículos 32 y 33 respectivamente. Así, en el primer caso contempla como causales atenuantes la edad entre los 16 y 21 años de edad, cuya lógica es cuestionable toda vez que se decidió establecer una edad de imputabilidad penal a partir de los 16 años. No mayor lógica ostentan por su parte las atenuantes como consecuencia de “provocación directa de parte del ofendido” (artículo 32.2), “perpetración en vindicación de una ofensa grave” (artículo 32.3), “desconocimiento de las leyes militares, cuando el delito es cometido durante los primeros tres meses de instrucción militar” (artículo 32.4), “haber sufrido castigos no autorizados por los reglamentos militares” (artículo 32.5), “los crímenes pasionales” (artículo 32.7). En consecuencia, puede afirmarse que el CPM admite la *vendetta* como atenuante de la conducta. La única causal atenuante que resulta en concordancia con el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI es la prescrita en el artículo 31.8, referida a los esfuerzos posteriores al acto para impedir o remediar el daño causado.

Si bien las causales agravantes que establece el CPM están en cierta consonancia con el derecho internacional humanitario, la primera causal se aparta de ese esquema al reconocer como agravante la comisión del “delito contra un superior o una autoridad” (artículo 33.1).

13. Al igual que el Estatuto de Roma, el sistema penal boliviano solo reconoce la *responsabilidad penal respecto de las personas naturales* y no de las personas jurídicas. Vale decir, la responsabilidad penal es *intuitu persona*, como se advierte en los artículos 5 del CP y 5 del CPM.

14. La CPE, en su artículo 52, confiere completa *inmunidad* de acusación, persecución o arresto a los senadores y diputados, desde el momento de su elección hasta la finalización de su mandato, salvo licencia de la propia Cámara a la que pertenezcan. Asimismo, el vicepresidente de la República, en su calidad de presidente nato del Congreso, goza de las mismas inmunidades y prerrogativas (artículo 53). Por su parte, la persecución penal del presidente, vicepresidente, ministros de Estado y prefectos, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, está sujeta a juicio de responsabilidades,<sup>50</sup> previa autorización del Congreso por dos tercios de votos (artículo 118.5).

Debe reconocerse que, si bien dicho régimen técnicamente no constituye una inmunidad absoluta, representa en la práctica inmunidad sujeta a control político más que

---

<sup>50</sup> El proceso se sustancia ante la Corte Suprema de Justicia por acusación del Congreso Nacional, tomando como base normas del procedimiento común, aunque las sentencias no son factibles de impugnación, en contravención con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, ratificada por el Estado boliviano el 11 de febrero de 1993 mediante ley n° 1.430. Sobre el tema véase R. Imaña, “Informe nacional Bolivia”, en *Las reformas procesales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 95.

jurídico, al requerirse la licencia de la propia Cámara en el primer caso y del Congreso en el segundo. En ese entendido, recientemente se ha planteado la modificación de dicho régimen, a cuya propuesta de reforma se hace referencia en la sección G.

Sin embargo, interpretando el régimen actual que plantea la CPE a la luz del Estatuto de Roma, puede considerarse que no existe incompatibilidad, por lo menos teórica. Ante una eventual solicitud de la CPI de detención y entrega, la respectiva Cámara o el Congreso tendrían que levantar la inmunidad; caso contrario se estaría ante una potencial situación de incumplimiento del artículo 89.1, generando la posibilidad de aplicación del artículo 87.7.<sup>51</sup>

15. Con relación al régimen de la *prescripción*, cabe mencionar que Bolivia se adhirió,<sup>52</sup> en 1983, a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. No obstante, la última reforma del CP de 1997 no reconoció el carácter imprescriptible de los crímenes contra el derecho internacional.

El ejercicio de la acción penal, conforme al artículo 101 del CP, prescribe:

“a) En ocho años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad de seis o más de seis años; b) En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad menores de seis y mayores de dos años; c) En tres años, para los demás delitos”. Por su parte, el CPM, en su artículo 40, establece veinte años de prescripción para los delitos “que merezcan pena de muerte”,<sup>53</sup> dos tercios de la pena máxima para el caso de delitos con privación de libertad y cinco años para delitos sancionados con privación de honores y derechos.

La casi inexistente persecución penal de crímenes contra el derecho internacional en el contexto boliviano contribuyó a que dicha inconsistencia del ordenamiento penal con el derecho internacional pasara inadvertida. Solo recientemente, con el pedido de detención con fines de extradición del extinto presidente de Bolivia Hugo Bánzer, por su supuesta participación criminal en delitos de lesa humanidad, se abre el debate, aunque de manera secundaria, sobre la imprescriptibilidad de los delitos imputados. Habiéndose centrado la decisión jurisdiccional sobre la procedencia o no de la detención con fines de extradición, no hubo un pronunciamiento jurisdiccional en cuanto a la obligación internacional de asumir la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho internacional, conforme lo prescrito por la mencionada Convención y por el artículo 34 del nuevo CPP, que indica: “Tendrán aplicación preferente las reglas sobre prescripción contenidas en Tratados y Convenios Internacionales vigentes”.

En concordancia con la norma procesal penal y el derecho internacional, la incorporación expresa de dicho carácter imprescriptible en el CP y el CPM cobra rele-

---

<sup>51</sup> I. Gartner, “Implementation of the ICC Statute in Austria”, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I: “General Aspects and Constitutional Issues”, Nomos Verlagsgesellschaft, Italia, 2000, pp. 56-58.

<sup>52</sup> Decreto supremo 19.777, de 13 de septiembre de 1983.

<sup>53</sup> A la luz de la CPE (artículo 17), se entiende la derogatoria tácita de esta sanción.

vancia en el contexto boliviano, donde difícilmente tiene cabida la argumentación desde el punto de vista del derecho consuetudinario internacional. El caso *Trujillo*<sup>54</sup> constituye una clara muestra de ello: el Tribunal Constitucional resolvió el cuestionamiento de la supuesta prescripción de los delitos de privación de libertad y vejaciones y torturas basándose en el criterio de delitos permanentes o continuos, eludiendo la discusión de la aplicación del derecho internacional a partir de la ratificación de los mencionados instrumentos internacionales, que complementan las garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico interno.

16. El perdón judicial que establece el CP en su artículo 64 no cobra relevancia para el caso en cuestión, toda vez que es de aplicación solo en los casos de delitos con penas menores de un año.

Con relación a la *amnistía*, la CPE faculta al presidente de la República para decretar amnistía por delitos políticos (artículo 96.13) y también al Congreso, el mismo que adicionalmente puede conceder el indulto, con carácter general, previo informe de la Corte Suprema de Justicia (artículo 59.19). El CPM reconoce la amnistía como una forma de extinción de la acción penal (artículo 48).

Entre los beneficios que orientados a la “colaboración eficaz” se suscitaron en la práctica, cabe destacar el “decreto de arrepentimiento” de 1991,<sup>55</sup> que posibilitó la atenuación de las penas en favor de los narcotraficantes.

17. La CPE, en su artículo 33, reconoce la *prohibición de retroactividad* de la ley en general y establece la excepción en materia penal cuando beneficie al “delincuente”, conforme a la terminología empleada por la CPE. En el mismo sentido, el artículo 4 del CP refuerza la noción de irretroactividad y del principio de legalidad.

18. Si bien la CPE no contempla el principio *ne bis in idem*, el artículo 4 del CPP, a diferencia del antiguo Código de Procedimiento Penal, contiene de manera expresa la prohibición del *ne bis in idem* y extiende sus efectos a las sentencias ejecutoriadas dictadas en el extranjero, entendiendo que quedan incluidas tanto las dictadas por tribunales nacionales como internacionales. En consecuencia, la garantía otorgada por el artículo 20.2 del Estatuto de Roma queda reconocida por el CPP.

El mencionado artículo 4 del CPP, al establecer que “la sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá efecto de cosa juzgada”, demuestra la necesidad de implementación de los crímenes de competencia de la CPI en la extensión reconocida por el Estatuto de Roma.

Asimismo, el principio de *ne bis in idem* es también reconocido en el ámbito de la extradición. Con arreglo al artículo 151.2 del CPP, es improcedente el pedido de

<sup>54</sup> Con mayor detalle en el punto F.

<sup>55</sup> Decreto 22.881, de 9 de septiembre de 1991.

extradición cuando existe cosa juzgada, conforme al ordenamiento jurídico interno, sobre el delito que motiva la solicitud.

## ***II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

No los hay.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

El nuevo CPP —en vigencia plena desde abril de 2001— no contempla reglas procesales especiales para el caso de persecución de crímenes contra el derecho internacional. En todo caso, ha de entenderse que rige el mismo procedimiento aplicable para el caso de delitos de acción pública en relación con la persecución de los tipos desarrollados anteriormente que, en cierto modo, recogen algunos de los elementos de los crímenes contra el derecho internacional.

Con relación al ámbito castrense, rige el Código de Procedimiento Penal Militar (CPPM),<sup>56</sup> que, si bien enuncia los principios de legalidad, presunción de inocencia e inviolabilidad de la defensa, responde a la estructura inquisitiva. Asimismo, es de advertir que, conforme a las conductas tipificadas por el CPM, también se juzgan en este ámbito delitos comunes, como homicidio simple, asesinato, secuestro, lesiones leves y graves (artículos 205, 208, 209, 195 y 198, respectivamente), entre otros ya contemplados en el CP.

Si bien la etapa de instrucción es llevada a cabo por un juez “sumariante”, su papel e independencia están en función de la autoridad militar, sin formación jurídica, que determina el inicio de la investigación, designa al juez sumariante y determina y dicta, basándose en las conclusiones del sumario informativo realizadas por el juez sumariante, auto de sobreseimiento, sanción disciplinaria, remisión a tribunal de honor, procesamiento o remisión a la jurisdicción común.

No obstante la mencionada autoridad militar cuenta con un dictamen elaborado por un asesor jurídico, con carácter previo al auto de determinación de la etapa sumarial, ejerce en sí, como el propio artículo 104 del CPPM indica, jurisdicción judicial en razón de su jerarquía.

Asimismo, es la mencionada autoridad militar quien decide sobre la competencia militar u ordinaria (artículo 104.5), sin que exista, por lo menos de manera expresa, previsión de revisión por la jurisdicción ordinaria.

---

<sup>56</sup> Decreto ley 13.321, de 22 de enero de 1976.

En consecuencia, puede afirmarse que el procedimiento penal militar no responde a las exigencias del debido proceso ni a la estructuración de un proceso penal democrático, por lo que su modificación es esencial para el proceso de implementación del Estatuto de Roma.

## F. La práctica efectiva de persecución

De la información obtenida se coligen la inexistencia de persecución penal del crimen de genocidio y la casi inexistente persecución efectiva de los delitos comunes relacionados. Al respecto, se citan a continuación los dos casos contemporáneos de relevancia.

1. El caso *Trujillo*, parte de las desapariciones acaecidas durante el régimen de facto del extinto presidente Bánzer (1971-1978),<sup>57</sup> ha sido trascendental para lo que constituye la aceptación de la desaparición forzada de personas como una conducta delictiva del Estado y, por otro lado, ilustrativo de la falta de decisión estatal de persecución doméstica.

En efecto, pese a haber sido parte de las desapariciones forzadas acaecidas durante el mencionado periodo dictatorial, el caso *Trujillo* fue procesado por los delitos de privación de libertad y vejaciones y torturas (artículos 292 y 295 del CP, respectivamente), al no existir tipificación penal para la desaparición forzada de personas.

La madre del desaparecido Juan Carlos Trujillo Oroza, después de obtener un radiograma firmado por el entonces subsecretario del ministro del Interior, en el que se ordenaba la libertad de su hijo, en 1972, realizó diversas peticiones y gestiones ante los Poderes Ejecutivo y Legislativo, mas no pudo denunciar los hechos ante los tribunales bolivianos por la inestabilidad política del país.<sup>58</sup>

Por consiguiente, veinte años después, el 28 de septiembre de 1992, presentó denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 14 de junio de 1994, el Estado boliviano aceptó su responsabilidad por los hechos denunciados. Posteriormente, la Comisión consideró que el Estado boliviano no había dado cumplimiento apropiado a sus recomendaciones y por tal razón el 9 de mayo de 1999 decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por sentencia de 27 de febrero de 2000,<sup>59</sup> la Corte declaró la violación de los derechos protegidos por los artículos 1.1, 3, 4, 5.2, 7, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que ordenó abrir el procedimiento sobre reparaciones.

---

<sup>57</sup> Las fuerzas de seguridad habían detenido a Trujillo, un estudiante universitario de 21 años de edad, el 23 de diciembre de 1971, y no fue visto nunca más después del 2 de febrero de 1972 (US Department of State, *1999 Country Reports on Human Rights Practices*, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labour, 2000).

<sup>58</sup> Sentencia constitucional n° 1.190/01-R, de 12 de noviembre de 2001.

<sup>59</sup> Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*.

El juez quinto de Instrucción en lo Penal dictó auto inicial de instrucción el 27 de marzo de 2000 contra siete imputados. El 31 de agosto de 2000 los imputados interpusieron cuestiones previas de prescripción. Mediante auto de 10 de noviembre de 2000 el juez admitió la cuestión previa de prescripción y dispuso el archivo de obrados, resolución que fue apelada. El 12 de enero de 2001 la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Santa Cruz confirmó el auto apelado.

El 27 de julio de 2001 se interpuso recurso de amparo constitucional, que por resolución de 27 de agosto de 2001 se declaró improcedente. En revisión por el Tribunal Constitucional, la mencionada resolución fue revocada, declarándose procedente el recurso y anulándose el auto de 10 de noviembre de 2000, por lo que correspondía continuar con el proceso penal en contra de los imputados.

El racional del Tribunal Constitucional fue que los delitos en cuestión no prescribieron, al tratarse de delitos permanentes y haberse seguido todas las acciones pertinentes y posibles desde que comenzó su ejecución. De esa manera, se sustrajo la discusión del carácter imprescriptible de los delitos en cuestión desde el punto de vista del derecho internacional y su aplicación en el contexto nacional.

Asimismo, el caso constituye un importante indicador del grado de eficacia de ejecución que adquieren las sentencias supranacionales —en este caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— en el ordenamiento jurídico interno.

2. Por otro lado, de importancia para el caso boliviano ha sido el exhorto suplicatorio de detención provisional/preventiva con miras de extradición del extinto presidente Hugo Bánzer, que formuló un juez argentino en diciembre de 2001 dentro del caso *Videla Jorge Rafael y otros / Privación ilegal de la libertad personal* (más conocido como caso *Plan Cóndor*). La solicitud justificó la imprescriptibilidad de los delitos imputados, con base en la vigencia de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de la ONU, la Declaración de la Asamblea General de diciembre de 1992 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. No obstante, el auto supremo,<sup>60</sup> amparado en el requerimiento fiscal, no entró en consideraciones de fondo con relación a la imprescriptibilidad u otras, y declaró improcedente la solicitud por no existir peligro de fuga que tornara necesaria la detención preventiva, sobre la base de las garantías constitucionales y procesales penales. Cabe preguntarse cuál habría sido el auto supremo de haberse requerido la extradición misma.

En general, puede afirmarse que Bolivia no se caracteriza por tener una historia de procesamiento y sanción a las violaciones de la ley por agentes estatales. Por tanto, es histórico el juicio de responsabilidades que culminó en la condena

---

<sup>60</sup> Auto supremo n° 25/2002, de 27 de febrero de 2002.

de la dictadura de Luis García Meza, quien al presente cumple condena en la cárcel de Chonchocoro.<sup>61</sup>

Los corrientes excesos de la fuerza pública que derivan en graves violaciones a los derechos humanos tienen lugar en un escenario de prácticamente completa impunidad. En efecto, la incapacidad del gobierno de completar efectivamente las investigaciones e identificar y sancionar a los responsables resulta en una atmósfera de impunidad.<sup>62</sup> No obstante, dicha capacidad de investigación y decisión de persecución penal es ciertamente distinta cuando se trata de perseguir y sancionar a quienes “infringen o atentan contra el orden público”.<sup>63</sup>

Si bien se reconoce que los sistemas de persecución penal han resultado ser selectivos, dicha situación alcanza en Bolivia límites incontrastables cuando se trata de persecución de delincuencia de Estado. Es probable que ello sea reforzado por la marcada diferencia en el relativo grado de control social que se advierte cuando este es ejercido por grupos más cercanos al poder y grupos más marginados del poder, político y económico, que ha sido tradicionalmente extremo en Bolivia, sumado a ello el incipiente grado de control social. Si bien desde agosto de 2002, con el cambio de gobierno, la población indígena asume por primera vez importante representación en los Poderes Legislativo y Ejecutivo, aún no se perciben repercusiones importantes de este cambio en la persecución penal.

A lo anterior se agrega la incongruencia que se ha dado en la práctica de la supuesta independencia del Ministerio Público —que conforme a la CPE es un “órgano extrapoder” — respecto de los Poderes estatales. Dicha situación lleva a pensar en la necesidad de controles sociales sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la acción

---

<sup>61</sup> Comisión Andina de Juristas, “Derechos humanos: 15 años promoviendo el imperio del derecho”, en *Informativo Andino* n° 129, 1997; L. Andrade, *Los caminos de la corrupción*, La Vaca Sagrada, La Paz, 1992.

<sup>62</sup> Por ejemplo, no se completaron las investigaciones de las muertes y serios enfrentamientos de 1997 en la región del Chapare, o las muertes en las confrontaciones de Amayapampa en diciembre de 1996. Una investigación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que las fuerzas de seguridad cometieron excesos resultantes en la muerte de 9 civiles y 32 heridos y que el gobierno no actuó para identificar y sancionar a los responsables (US Department of State, *1999 Country Reports on Human Rights Practices*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labour, 2000).

La Asociación de Familiares de los Desaparecidos y Martirizados por la Democracia (ASOFAMD) tiene 156 casos registrados de personas que desaparecieron por razones políticas. Hay varias actuaciones legales que entrañan casos que datan de 1980 a 1981, ninguno de los cuales a fines de 1991 —vale decir, después de diez años— había concluido con sentencia (US Department of State, *Informes por países americanos y del Caribe referentes a las prácticas de derechos humanos durante 1991*, Comisión Conjunta, 1992).

<sup>63</sup> Así por ejemplo, el caso del oficial de policía que fue torturado y muerto aparentemente por grupos criminales que habrían estado operando con los grupos cocaleros del Chapare, llevó al Gobierno a suspender el diálogo con los dirigentes cocaleros en enero de 2002, hasta que estos entregaran los nombres de los responsables (*La Razón*, 25 de enero de 2002).

penal del Ministerio Público, teniendo en cuenta el papel protagónico que le atribuye el nuevo CPP en el ejercicio de la acción penal pública.<sup>64</sup>

Asimismo, la independencia de la judicatura queda bajo cuestionamiento. De acuerdo con los artículos 117 y 119, concordantes con los artículos 59 y 68 de la CPE, los ministros de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional son elegidos por dos tercios de votos del Congreso Nacional. En la práctica esto ha demostrado no contribuir a una judicatura independiente de todo poder político, que en definitiva es la garantía para preservar el orden constitucional.<sup>65</sup>

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

El 1 de agosto de 2002 se promulgó la Ley de Necesidad de Reformas de la CPE,<sup>66</sup> que establece modificaciones importantes con relación a dicho marco jurídico. Entre las modificaciones relevantes para el tema objeto del presente informe está, por un lado, la incorporación de la siguiente especificidad: “Los derechos fundamentales y garantías de la persona se interpretarán y aplicarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia”. Si bien esta previsión no es expresa en cuanto a la jerarquía que ostentan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, puede deducirse que de esta manera adquieren rango constitucional, al ser rectores de interpretación y aplicación de los propios derechos y garantías constitucionales. En consecuencia, el principio de universalidad resulta compatible con el orden constitucional.

Por otro lado, respecto a la inmunidad parlamentaria, esta ley modifica el citado artículo 52, sustituyendo la licencia de la Cámara por la de la Corte Suprema de Justicia, salvo en el caso de delito flagrante. Asimismo, modifica el artículo 15 en los siguientes términos: “Las autoridades, funcionarios o agentes públicos y los particulares que vulneren los derechos y garantías de la persona están sujetos a la acción penal que corresponda y a la acción civil para la reparación de los daños y perjuicios causados”.

---

<sup>64</sup> Al respecto, R. Ledezma, “El Ministerio Público: perspectiva y disyuntivas en la reforma de la justicia penal en Bolivia”, en *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, año 2, n° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

<sup>65</sup> Al respecto, C. Villarroel, “Temas para la reforma constitucional: inmunidad parlamentaria, independencia judicial”, en *Gaceta Jurídica*, La Paz, 29 de enero de 2002.

<sup>66</sup> Conforme al diseño constitucional, la ley de declaración de necesidad de la reforma es considerada en la legislatura de un nuevo periodo constitucional, de conformidad con el procedimiento legislativo (artículo 231 de la CPE).

De importancia para el aspecto procesal es la incorporación de un apartado al artículo 12 (de prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes) que recoge la teoría del “fruto del árbol envenenado” respecto a la prueba obtenida en violación a los derechos fundamentales y garantías de la persona, o por procedimiento o medio ilícito.

Con relación a la incorporación en el derecho interno del delito de desaparición forzada de personas, el 10 de diciembre de 2002 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó al Parlamento el anteproyecto de Ley para la Tipificación de la Desaparición Forzada de Personas. Pese a que la ratificación del Estatuto de Roma es anterior a la fecha de presentación del mencionado anteproyecto, la exposición de motivos indica que este responde a la necesidad de revisar la legislación penal para adecuarla a la normativa internacional de la que el Estado boliviano es “signatario”.<sup>67</sup> “Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica”, omitiendo toda referencia al Estatuto de Roma.

El anteproyecto comprende solamente un artículo:

Título X, Capítulo V, Delitos contra los Derechos Humanos.

Artículo 292 (bis). Desaparición Forzada de Personas.

El que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de algún órgano del Estado, privare de libertad a una o más personas y deliberadamente oculte o niegue información sobre el reconocimiento de la privación de libertad o sobre el paradero de la persona, impidiendo así el ejercicio de recursos y de garantías procesales, será sancionado con pena de presidio, de cinco a quince años. Si como consecuencia del hecho resultaren graves daños físicos o psicológicos en la víctima, la pena será de quince a veinte años de presidio. Si el autor del hecho fuere funcionario público, el máximo de la pena será agravada en un tercio. Si a consecuencia del hecho, se produjere la muerte de la víctima, se impondrá la pena de treinta años de presidio.

Aunque el anteproyecto no indica su modo de implementación, puede considerarse que se trata de su incorporación en el título X del CP, de “Delitos contra la libertad”, que contiene cuatro capítulos: “Delitos contra la libertad individual”, “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”, “Delitos contra la inviolabilidad del secreto” y “Delitos contra la libertad de trabajo”. Sin embargo, la adición de un capítulo con un solo tipo penal, denominado —de manera muy genérica, por cierto— “Delitos contra los Derechos Humanos”, parece indicar lo contrario. Por otro lado, la numera-

---

<sup>67</sup> La terminología empleada en el anteproyecto corresponde en todo caso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mas no a los demás instrumentos internacionales que no solo han sido suscritos sino también ratificados. La distinción es importante, toda vez que el Estado boliviano no solamente es signatario sino Estado parte, con lo que ha adquirido un mayor grado de compromiso, tanto internacional como nacional.

ción —artículo 292 *bis*— indica más bien que se trata de la adición del tipo al artículo 292 ya existente, cuyo *nomen juris* es “privación de libertad”, dentro del capítulo I, de “Delitos contra la libertad individual”.

En cuanto a la formulación del tipo penal, puede advertirse que la conducta no guarda como contexto un ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil, razón por la cual no constituye implementación del Estatuto de Roma. Asimismo, el tipo parece referirse únicamente a privaciones de libertad ilegales, a diferencia de los “Elementos de los crímenes” del Estatuto de Roma, que comprenden también las circunstancias de arresto o detención que pudieran haberse suscitado de manera legal. Por otro lado, a diferencia del Estatuto de Roma, el tipo penal acepta como autores calificados solo a órganos del Estado, cuya participación se manifieste a través de un funcionario público o particular, omitiendo otras estructuras de poder como organizaciones políticas.

Finalmente, cabe mencionar que Bolivia ha comenzado el proceso de implementación del nuevo CPP y de reformas al CP. Aunque ambos proyectos no surgieron ante la necesidad específica de implementación del Estatuto de Roma, se entiende que la asimilarán. Su evaluación será factible cuando los proyectos sean difundidos.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

Es escasa la doctrina nacional a la que se pueda hacer referencia con especificidad sobre el punto en cuestión. La mayor parte de las publicaciones se limitan a describir o explicar el Estatuto de Roma y a abogar por su plena vigencia, más que a discutir aspectos específicos de implementación. En todo caso, el ámbito de cooperación judicial con la CPI, en particular en los aspectos de detención y entrega de personas, ha suscitado mayor atención; se reconoce la cooperación como un elemento crucial para la efectividad de la CPI y, por consiguiente, la necesidad de revisar la legislación procesal penal para tal efecto.<sup>68</sup>

Con relación a pronunciamientos expresos de necesidad de modificación y adecuación de la legislación penal y procesal penal militar a la normativa internacional incorporada al ordenamiento interno, corresponde hacer referencia al Informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre la CPI, de marzo de 2002, que se manifiesta en ese sentido.

Si bien la mayor parte del ámbito jurídico reconoce la importancia de la ratificación del Estatuto de Roma, se han suscitado insólitos pronunciamientos contrarios, en particular con relación al reconocimiento del carácter de imprescriptibilidad de los

---

<sup>68</sup>K. Longarich, “La cooperación internacional en el Estatuto de Roma”, en *Revista Boliviana de Ciencias Penales* (Sociedad Boliviana de Ciencias Penales), 3ª época, n° 10, 2000.

crímenes de lesa humanidad, a raíz del pedido de detención con fines de extradición del extinto presidente Bánzer, ya comentado.<sup>69</sup>

Fuera de los casos mencionados, la jurisprudencia nacional no se ha pronunciado mayormente con relación al déficit normativo a la luz del derecho internacional. Respecto a la desaparición forzada de personas, la necesidad de contar con una tipificación propia de este delito se evidenció en el histórico juicio de responsabilidades seguido contra el ex dictador Luis García Meza. Este fue condenado por una serie de delitos graves, pero las desapariciones forzadas que tuvieron lugar durante su gobierno quedaron impunes ante la falta de tipicidad.<sup>70</sup> Asimismo, el caso Trujillo, antes abordado, es una muestra de ello.

### **III. Debate jurídico-político**

Una faceta importante del proceso judicial la constituye la oportunidad que este representa para la difusión y el respaldo de los derechos humanos que puede obtenerse localmente, fuera de estrados judiciales.<sup>71</sup> En este sentido resulta de interés el caso suscitado por la ejecución extrajudicial del presunto terrorista peruano Evaristo Salazar (*Alejandro Escóbar*) el 5 de diciembre de 1990.<sup>72</sup> A raíz del hecho, dos miembros de la Policía Nacional fueron acusados de homicidio negligente y coacción, y destituidos. El juez emitió un fallo preliminar de culpabilidad. Los policías habían declarado que Salazar fue abatido mientras trataba de escapar, pero la causa de la muerte, identificada por el médico forense como herida de arma de fuego a corta distancia, no corroboró este hecho. La Asamblea Permanente de Derechos Humanos argumentó por cargos más graves, considerando que se trataba de una ejecución intencional. No obstante, se descartó el asesinato de primer grado al tratarse de un supuesto “terrorista”.<sup>73</sup>

Asimismo, poco después que el pedido de detención con fines de extradición del ex presidente Bánzer se radicara en la Corte Suprema de Justicia, organizaciones sindicales y activistas de derechos humanos iniciaron una campaña nacional en apoyo al pedido del juez federal argentino Rodolfo Canicoba, denominada Movimiento de Lucha contra la Impunidad, que reunió a la Asamblea Permanente de Derechos Humanos, la Asociación de Familiares de Mártires y Desaparecidos, el Sindicato de la Prensa de La Paz y la Central Obrera Departamental.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Véase J. Mostacedo Martínez, “Improcedencia de la extradición del Gral. Hugo Bánzer Suárez, por mandato del Tratado de Montevideo”, en *Gaceta Jurídica*, La Paz, 18 de enero de 2002.

<sup>70</sup> Al respecto, Comisión Andina de Juristas, “Derechos Humanos: 15 años promoviendo el imperio del derecho”, *Informativo Andino* n° 129, 1997.

<sup>71</sup> Carnegie Council on Ethics and International Affairs <[www.carnegiecouncil.org/themes/spring2000-1.html](http://www.carnegiecouncil.org/themes/spring2000-1.html)>.

<sup>72</sup> Véase Amnesty International, “Bolivia. Awaiting Justice: torture, extrajudicial executions and legal proceedings”, *AI Index*, AMR, 18 de septiembre de 1996.

<sup>73</sup> US Department of State, *Informes por países americanos y del Caribe referentes a las prácticas de derechos humanos, 1991*, Comisión Conjunta, 2002.

<sup>74</sup> *La Prensa*, La Paz, 22 de enero de 2002.

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico internacional

Es de especial atención el régimen de cooperación internacional que prevé el CPP, el cual abarca tanto aspectos judiciales como administrativos. El artículo 138 se refiere, de un modo general, a la cooperación con “autoridades extranjeras”. Si bien la terminología empleada no necesariamente incluye las entidades internacionales, de la generalidad de la norma puede entenderse que esta alcanzaría eventuales solicitudes de la CPI.<sup>75</sup> No obstante, es de advertir que el argumento de “seguridad nacional”<sup>76</sup> que contempla el Estatuto de Roma como base para la denegatoria de cooperación podría constituir una traba en el caso boliviano, toda vez que la práctica judicial ha demostrado que criterios tales como “seguridad nacional” u “orden público” son con frecuencia objeto de manipulación, dada la falta de directrices normativas o jurisprudenciales para su determinación.

Si bien el régimen de *extradición* está sujeto principalmente a las convenciones y tratados internacionales de los que Bolivia es Estado parte, la cooperación en ese sentido con la CPI, como corte de carácter internacional, no obstante la similitud funcional, es tratada como *entrega de personas*,<sup>77</sup> por lo que resulta necesaria la incorporación de dicho régimen de manera complementaria al de la extradición. En ese sentido, corresponderá distinguir aspectos tales como el criterio rector en el caso de solicitudes concurrentes, que de acuerdo con el régimen de extradición del CPP está orientado por el principio de territorialidad con relación al delito más grave y, subsidiariamente, por la regla del “primero en el tiempo”. Si bien a partir de la ratificación del Estatuto de Roma es de aplicación lo dispuesto por el artículo 90, a efectos de claridad, consistencia normativa y facilidad de aplicación resulta necesaria la reglamentación del régimen de entrega de personas.

Por otro lado, son de destacar los acuerdos de investigación ante el caso de organizaciones criminales internacionales que prevé el CPP en su artículo 148, facultando al fiscal general de la República para suscribirlos cuando sea necesario, a fin de llevar a cabo una investigación coordinada con otros Estados u organismos internacionales.

Debe subrayarse también el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena por el nuevo CPP (artículo 28), que genera la extinción de la acción penal si se trata de delitos o faltas cometidos en una comunidad indígena o campesina por uno de sus

---

<sup>75</sup> Al respecto, Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001, pp. 56-57.

<sup>76</sup> Para mayor referencia véase Amnesty International, *The International Criminal Court. Making the right choices*, Part III: “Ensuring effective state cooperation”, noviembre de 1997. Dada la fuerte vinculación de dicho argumento a la persecución de los crímenes de competencia de la CPI, la importancia de la adopción de mecanismos para su canalización fue descrita en la sentencia de la Cámara de Apelación del ICTY en *Blaskic*, párrafo 68.

<sup>77</sup> Para mayor referencia, véase Geert-Jan Knoops, *Surrendering to International Criminal Courts: contemporary practice and procedures*, Transnational Publishers, Nueva York, 2002, pp. 11-13.

miembros en contra de otro, cuando la comunidad hubiera resuelto el conflicto sobre la base de su propio derecho consuetudinario y con sus propias autoridades, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Esta particular situación es de relevancia para la aplicación del artículo 20.3 del Estatuto de Roma, que con relación al reconocimiento de la cosa juzgada en las jurisdicciones domésticas considera la sentencia emanada de *tribunales* que adquiere esa calidad. En consecuencia, una interpretación extensiva de dicha previsión es necesaria para el caso boliviano, aspecto que debería ser objeto de consideración en la eventual implementación del Estatuto de Roma.

### **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Bolivia**

Como se ha mencionado, la CPE, al presente, no estipula de manera expresa el rango que adquieren los tratados —en su sentido amplio—, dejando difusa la relación del derecho internacional con el derecho interno. Si bien la Ley de Necesidad de Reformas a la CPE, a considerarse en la legislatura del próximo periodo constitucional, establece de manera indirecta el rango constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incorporados al ordenamiento interno, dicha previsión no resulta suficiente para aclarar la laguna mencionada, como se advierte de otros cuerpos constitucionales de la región que son más específicos en el tema.

Tal situación es importante en razón de la influencia que puede generar en la cultura jurídica con relación al derecho internacional, una vez que en varios contextos se ha entendido el procedimiento constitucional de ratificación como la implementación propiamente dicha. Considerando que, al menos en el ámbito de derechos humanos, el derecho internacional no cobra real vigencia si no es a través de su internalización en el derecho interno y la consiguiente modificación de la legislación local, puede apreciarse que la vigencia de los estándares de los instrumentos internacionales aún se encuentra en un estado embrionario. Como se señaló al principio, Bolivia ha ratificado la mayor parte de los instrumentos internacionales en la materia, pero ha dejado pendiente su implementación.

En efecto, puede advertirse que la legislación sustantiva penal especial aún presenta importantes vacíos, como es el caso de la falta de tipicidad del delito de desaparición forzada de personas; una alteración de los valores y bienes jurídicamente tutelados, lo que se manifiesta a través de un sistema de sanciones incongruentes con los injustos, que otorga mayor tutela jurídica a los bienes materiales y a aquellos que sitúan al Estado, a través de sus distintos agentes, como sujeto pasivo del tipo penal. Asimismo, se evidencia un déficit importante en cuanto a la tipificación de crímenes contra el derecho internacional, y la consiguiente insuficiencia de implementación del principio de universalidad. En particular, respecto a los crímenes de guerra, teniendo en cuenta que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977 fueron

ratificados en 1990, la política legislativa traducida en los Códigos Militares de 1976 resulta insuficiente y obsoleta, sin que hasta el presente se haya operado su revisión.

El “colapso administrativo” del sistema de justicia —corrupto, burocrático, ineficiente— desembocó en la necesidad de reforma del procedimiento penal. Sin embargo, dicha necesidad no ha contemplado mayormente al derecho penal sustantivo, en particular en lo que respecta a la parte especial, que después de la última reforma del CP, de 1997, ha contado con escasos complementos. Puede advertirse que la tipificación de delitos es por lo general poco determinada, no obstante la ley formal es la única fuente del derecho penal conforme a la CPE, a excepción del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena por el nuevo CPP.

Si bien el proceso de ratificación del Estatuto de Roma se mantuvo con un perfil bajo, puede considerarse que al presente ha generado bastante atención en la persecución penal por cortes internacionales, más que en la importancia del principio de complementariedad. De este modo, la discusión se ha centrado en la cooperación internacional más que en la necesidad de modificación de la legislación interna.

No obstante, es evidente que las reglas de competencia y cooperación internacional, tanto del CP como del CPP, respectivamente, fueron concebidas en un contexto de relaciones entre Estados, lo que, entre otras connotaciones, se ha reflejado en la falta de ejecución de sentencias supranacionales. Con la ratificación del Estatuto de Roma se genera la necesidad de complementar y adecuar estas a las potenciales relaciones que se entablan entre el Estado y la CPI.

## Bibliografía

- AMBOS, Kai, y Steffen WIRTH, “The Current Law of Crimes Against Humanity”, en *Criminal Law Forum* 13 (Kluwer Law International, Países Bajos), 2002, pp. 1-90.
- AMBOS, Kai, “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 159-227.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *The International Criminal Court. Making the right choices*, Part III: “Ensuring effective State cooperation”, Londres, 1997.
- AMNESTY INTERNATIONAL, “Bolivia. Awaiting Justice: torture, extrajudicial executions and legal proceedings”, en *AI Index*, AMR, 1996.
- ANDRADE, Lupe, *Los caminos de la corrupción*, La Vaca Sagrada, La Paz, 1992.
- BLATTMAN BAUER, René, “Exposición de motivos de la Ley n° 1768 de Modificaciones al Código Penal”, La Paz, 1997.
- BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- CAJÍAS, Fernando, *La provincia de Atacama*, Instituto Boliviano de Cultura, La Paz, 1975.

- CAMARGO, Pedro Pablo, *Manual de derechos humanos*, Leyer, Bogotá, 2001.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, “Derechos Humanos: 15 años promoviendo el imperio del derecho”, en *Informativo Andino* n° 129, 1997.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001.
- DE MESA, José, y otros, *Historia de Bolivia*, Gisbert, La Paz, 1998.
- DÖRMANN, Knut, “Crímenes de guerra en los Elementos de los crímenes”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 105-157.
- FINOT, Enrique, *Historia de Bolivia en imágenes*, Alentar, La Paz, 1981.
- GARTNER, Irene, “Implementation of the ICC Statute in Austria”, en *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I: “General Aspects and Constitutional Issues”, Nomos, Italia, 2000, pp. 51-63.
- GIL GIL, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los Elementos de los crímenes”, en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 65-104.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, *La CPI como órgano de jurisdicción universal: algunos problemas que plantean las condiciones para el ejercicio de la competencia y la naturaleza preferente de las jurisdicciones nacionales*, La Rábida (Huelva, España), 2001.
- GRISANTI AVELEDO, Hernando, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Vadell, Valencia, 1981.
- IMAÑA ARTEAGA, Reinaldo, “Informe nacional Bolivia”, en *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, pp. 75-122.
- KNOOPS, Geert-Jan Alexander, *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, Transnational Publishers, Nueva York, 2002.
- LEDEZMA JEMIO, Rosaly, “El Ministerio Público: perspectiva y disyuntivas en la reforma de la justicia penal en Bolivia”, en *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, año 2, n° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 125-138.
- LONGARICH, Karen, “La cooperación internacional en el Estatuto de Roma”, en *Revista Boliviana de Ciencias Penales* (Sociedad Boliviana de Ciencias Penales), 3ª época, n° 10, 2000, pp. 120-137.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal. Lineamientos generales”, La Paz, 1996.
- MOSTACEDO MARTÍNEZ, Jaime, “Imprudencia de la extradición del Gral. Hugo Bánzer Suárez, por mandato del Tratado de Montevideo”, en *Gaceta Jurídica*, La Paz, 18 de enero de 2002.

- QUEREJAZU CALVO, Roberto, *Guano, salitre, sangre*, Los Amigos del Libro, La Paz, 1979.
- QUINTANILLA, Rolando, y Álvaro GUZMÁN, *Informe: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la CPI*, La Paz, marzo de 2002.
- SCHABAS, William, “Principios generales de derecho penal”, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (parte III), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 269-314.
- THE STANLEY FOUNDATION, *The UN Security Council and the International Criminal Court: How Should they Relate?*, Report of the Twenty-Ninth UN Issues Conference, Nueva York, 1998.
- US DEPARTMENT OF STATE, *1999 Country Reports on Human Rights Practices*, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labour, 2000.
- US DEPARTMENT OF STATE, *Informes por países americanos y del Caribe referentes a las prácticas de derechos humanos durante 1991*, Comisión Conjunta, 1992.
- VILLARROEL, Carlos, “Temas para la reforma constitucional: inmunidad parlamentaria, independencia judicial”, en *Gaceta Jurídica*, La Paz, 29 de enero de 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte general*, Cárdenas, México, 1988.

### Anexo legislativo

- 14/08/35: Ley de ratificación de la Convención de Ginebra acerca de los Heridos y Enfermos en los Ejércitos en Campaña y la relativa a los Prisioneros de Guerra de 1929.
- 15/09/50: Ley n° 252 de ratificación de la Convención de La Habana sobre Derechos y Deberes de los Estados en casos de Luchas Civiles de 1928.
- 02/02/67: CPE
- 13/08/70: Decreto supremo 9.345 que ratifica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- 23/08/72: Decreto ley n° 10.426 CP.
- 22/01/76: Decreto ley n° 13.321 CPM.
- 22/01/76: Decreto ley n° 13.321 CPPM.
- 05/05/80: Decreto supremo de Adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- 05/05/80: Decreto supremo de Adhesión al Protocolo de 1967 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- 13/09/83: Decreto supremo 19.777 de adhesión a la Convención de la ONU sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.
- 31/10/84: Ley de Responsabilidad contra Altos Dignatarios de Estado.
- 19/07/88: Ley n° 1.008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas.

- 05/04/90: Ley n° 1.151 de ratificación de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.
- 09/09/91: Decreto supremo 22.881 de “arrepentimiento”.
- 11/02/93: Ley n° 1.430 de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 12/08/94: Ley n° 1.585 de Reforma de la CPE.
- 02/02/96: Ley n° 1.685 de Fianza Juratoria contra la Retardación de Justicia Penal.
- 12/07/96: Ley n° 1.695 de Ratificación de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas.
- 10/03/97: Ley n° 1.768 de Modificaciones al CP.
- 10/02/99: Ley n° 1.939 de Ratificación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- 25/03/99: Ley n° 1.970 CPP.
- 29/10/99: Ley n° 2.033 de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual.
- 21/12/99: Ley n° 2.043 de Ratificación del Protocolo de 1967 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- 14/04/00: Ley n° 2.071 de Ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- 11/09/00: Ley n° 2.116 de Ratificación de la Convención Internacional sobre la Supresión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Convención sobre la Esclavitud, Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Similares a la Esclavitud.
- 27/11/01: Ley n° 2.279 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.
- 27/11/01: Ley n° 2.280 Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes.
- 05/12/01: Ley n° 2.284 Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional.
- 05/12/01: Ley n° 2.285 Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos.
- 05/12/01: Ley n° 2.286 Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima.
- 05/12/01: Ley n° 2.287 Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas.
- 05/12/01: Ley n° 2.288 Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares.
- 05/12/01: Ley n° 2.289 Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

- 05/12/01: Ley n° 2.290 Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que prestan Servicio de la Aviación Civil Internacional.
- 05/12/01: Ley n° 2.291 Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental.
- 24/05/02: Ley n° 2.398 de ratificación del Estatuto de Roma de la CPI.
- 02/08/02: Ley n° 2.410 de Necesidad de Reformas de la CPE.

### Anexo de jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 64 (2000), 26/01/00: *Trujillo Oroza v. Bolivia*.
- Corte Suprema de Justicia, 21/04/93: Sentencia pronunciada en los juicios de responsabilidad seguidos por el Ministerio Público y coadyuvantes contra Luis García Meza y sus colaboradores.
- Corte Suprema de Justicia: Auto supremo n° 25/2002, 27/02/02 sobre el exhorto suplicatorio de detención provisional con fines de extradición de Hugo Bánzer Suárez.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), 96-4-T, Sala I de Primera Instancia, 02/09/98: *Prosecutor v. Akayesu*.
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY), IT-95-14-A, Sala de Apelación, 26/09/00: *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*.
- “Decision on the Appellant’s Motions for the Production of Material, Suspension or Extension of the Briefing Schedule, and Additional Filings”.
- Juzgado 3° de Partido en lo Penal, La Paz. Tribunal Constitucional en sentencia de hábeas corpus, 26/03/92: *Evaristo Salazar (Alejandro Escóbar) et al.*
- Tribunal Constitucional, recurso de amparo constitucional n° 1190/01-R, sentencia constitucional 12/11/01: *Antonia Gladys Oroza de Solón Romero (madre de José Trujillo Oroza) c/ José Luis Babdoub López*, vocal Sala Penal 1 y otros.

**Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro  
de Ciências Criminais (IBCCRIM), com a participação  
de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi I.  
Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura  
e Tarciso Dal Maso Jardim**

## **Brasil**

### **A. Introdução**

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma para a criação do Tribunal Penal Internacional aos 20 de junho de 2002, ratificação esta promulgada pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.<sup>1</sup> Portanto, quer no plano interno, quer no plano internacional, o país está sujeito aos deveres impostos pelos dispositivos do Estatuto.

Ainda antes da ratificação, foi instalado pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 1.036, de 13 de novembro de 2001, um Grupo de Trabalho destinado a elaborar o Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto de Roma,<sup>2</sup> propondo os dispositivos legais necessários para a tipificação dos delitos, adaptação das normas processuais e regulação das formas de cooperação com a Corte.<sup>3</sup>

Nos termos da sistemática legislativa interna, a repressão de crimes internacionais tem sido insuficiente, limitada quase que exclusivamente a previsões sobre repressão e punição de crimes de genocídio (Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956) e de tortura (Lei

---

<sup>1</sup> A consulta da legislação brasileira, na Internet, pode ser feita nos endereços: <[www.senado.gov.br/legbras/](http://www.senado.gov.br/legbras/)> e <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

<sup>2</sup> O Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma é composto pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (Coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena Steiner.

<sup>3</sup> O Anteprojeto encontra-se em fase de consulta pública. Após a análise das sugestões, o Anteprojeto será remetido para a Presidência da República que o encaminhará ao Congresso Nacional. O texto do projeto e a exposição de motivos podem ser acessados no endereço <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>.

n. 9.455, de 7 de abril de 1997), algumas normas contidas em acordos bilaterais de cooperação judiciária, e uma previsão totalmente inadequada de crimes de guerra, basicamente contida no Código Penal Militar (CPM) (Decreto Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), muito embora o Brasil tenha ratificado a maior parte dos tratados e convenções internacionais que têm por objeto a proteção dos seres humanos.

Assim, com a ratificação do Estatuto de Roma, aproveita-se neste momento o Grupo de Trabalho para implementar não só as normas do Estatuto de Roma, como também aquelas necessárias para a persecução dos crimes de guerra, tal como previstos nas quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 (G.I, G.II, G.III e G.IV), e nos demais tratados de Direito Humanitário, bem como modificando a legislação interna para fazê-la adequada à aplicação aos demais crimes internacionais, revogando as disposições anteriormente existentes e insuficientes para a efetiva punição.

É importante esclarecer que, em matéria de normas de tratados internacionais, apesar de a promulgação por decretos presidenciais ser suficiente, por si só, para torná-los normas de direito interno, no caso de crimes não se admite a aplicação direta de seus enunciados, em face do princípio constitucional da legalidade estrita (*nullum crimen sine lege praevia; nullum crimen sine lege stricta; nullum crimen sine lege scripta; nullum crimen sine lege certa*). Assim, os crimes precisam ser tipificados, com todas as suas circunstâncias, por lei interna, promulgada de acordo com o processo legislativo próprio.

Por outro lado, tanto o Código Penal (CP), quanto o CPM,<sup>4</sup> contemplam hipóteses de integração com a normativa internacional. O artigo 5º do CP, e o artigo 7º do CPM prevêm a aplicação da lei brasileira penal, militar ou comum, sem prejuízo das convenções e regras de direito internacional, aos crimes cometidos em território nacional ou fora dele.<sup>5</sup> Entretanto, essas normas não têm sido interpretadas como normas de reenvio à normativa internacional em matéria de repressão penal, face ao princípio da legalidade estrita acima referido, resumindo-se a serem utilizadas como normas de integração ou de interpretação.

O CP, por sua vez, contempla expressamente hipóteses de extraterritorialidade da lei brasileira, em casos de crimes de genocídio (artigo 7º, inciso I, *d*)<sup>6</sup> e de crimes que, por tratado ou convenção, o país se obriga a reprimir (artigo 7º, II, *a*).<sup>7</sup> Neste

---

<sup>4</sup> O CP e o CPM, assim como os demais códigos e leis brasileiras podem ser consultados no endereço <www.planalto.gov.br>.

<sup>5</sup> CP, art. 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

CPM, art. 7: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça brasileira”.

<sup>6</sup> CP, art. 7º, inc. I, letra *d* (cf. item C-I).

<sup>7</sup> CP, art. 7º, inc. II, letra *a* (cf. item C-I).

segundo caso, há necessidade de uma concorrência de condições, dentre as quais a de entrar o agente em território nacional, estar o crime previsto dentre aqueles que permitem a extradição, não ter sido o agente absolvido no estrangeiro pelo mesmo fato, e outras. Há ainda disposição expressa de jurisdição universal condicionada para os crimes de tortura (artigo 2º da Lei n. 9.455/97).<sup>8</sup>

Até agora, são apenas estas as normas especiais em vigência em relação aos crimes internacionais embora, como dito anteriormente, o Brasil já tenha ratificado a maior parte dos tratados e convenções internacionais que cuidam desse tipo de delitos.

## **B. Os crimes internacionais e seu reconhecimento no direito interno**

### **I. Genocídio**

O Brasil ratificou a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, pelo Decreto n. 30.822, de 1952.

A ratificação da Convenção, porém, não era suficiente para a punição da tortura. A Constituição da República (CR), no seu artigo 5º, inciso XXXIX, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como visto na Introdução, no sistema constitucional brasileiro não se admite a punição de crimes sem que haja dispositivo penal tipificador expresso em lei *stricto sensu*, ou seja, lei promulgada de acordo com o processo legislativo próprio. Logo, não há como ter-se por suficiente a ratificação de tratados internacionais que contenham normas criminalizadoras para que estas possam ter aplicação direta no direito interno. Da mesma forma, não há precedentes que admitam a persecução penal de condutas reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional, até porque inexistente, em matéria penal, a chamada *cláusula geral de extensão* ou *cláusula de mandato legal especial de aplicação*, como existente em outros países (v.g., artigo 25 da Constituição alemã).

Assim, no plano interno, o crime de genocídio vem previsto em três diferentes dispositivos da legislação interna brasileira:

- a) na Lei n. 2.889/56. Aqui, a definição legal se aproxima daquela contida na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948, ratificada pelo Brasil em 1952.

O artigo 1º descreve o núcleo da conduta típica:

Artigo 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

---

<sup>8</sup>Lei 9.455/97, art. 2º: “O disposto nesta lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Será punido:

- com as penas do artigo 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra ‘a’;
- com as penas do artigo 129, § 2º, no caso da letra ‘b’;
- com as penas do artigo 270, no caso da letra ‘c’;
- com as penas do artigo 125, no caso da letra ‘d’;
- com as penas do artigo 148, no caso da letra ‘e’.

São também puníveis a associação para a prática de quaisquer desses crimes (artigo 2º) e o incitamento à prática de tais crimes (artigo 3º).

- b) no artigo 208 do CPM (Decreto 1.001/69), que prevê o crime de genocídio praticado por militar em tempo de paz. A descrição típica integra-se com a previsão do tipo penal de genocídio previsto na Lei n. 2.889/56.

Artigo 208. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo.

Pena: reclusão, de quinze a trinta anos

Parágrafo único: Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos quem, com o mesmo fim:

- I. inflige lesões graves a membros do grupo;
- II. submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;
- III. força o grupo à sua dispersão
- IV. impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- V. efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo

- c) nos artigos 401 e 402 do mesmo CPM, que prevêem, da mesma forma, o crime de genocídio praticado por militar em tempo de guerra.

Artigo 401- Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no artigo 208:

Pena: morte, grau máximo; reclusão, de vinte a trinta anos, grau mínimo.

Artigo 402 - Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV e V, do parágrafo único do artigo 208:

Pena: reclusão, de seis a vinte e quatro anos.

O tipo penal de crime de genocídio, como se vê, além de refletir a definição trazida pela Convenção sobre Genocídio, está bastante próxima daquela agora prevista no artigo 5º do Estatuto de Roma.

Pelo fato de o crime de genocídio vir definido em lei, e até que a lei seja modificada, é a estrutura descrita no dispositivo legal a única possível para a persecução penal. Assim, pouco ou nenhum sentido têm as disposições do CP e do CPM que remetem, como visto anteriormente, à normativa internacional (artigo 7º do CPM e artigo 5º do CP).

A única fonte jurídica admitida em termos de normas criminalizadoras de condutas é a lei, em sentido estrito, e quanto ao crime de genocídio, a lei criminalizadora

vem prevista através de tipo penal inserto em lei comum (o CPM, Decreto n. 1.001/69) e em lei especial (Lei n. 2.889/56).

No caso de normas penais *em branco*, como ocorria com o crime de tortura antes da edição da Lei n. 9.455/97, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 70.389-5-SP,<sup>9</sup> ao apreciar caso em que se atribuía a policiais militares a prática do crime de tortura contra adolescentes, decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções das Nações Unidas (Decreto n. 40, de 15.02.1991) e Americana (Decreto n. 98.386, de 9.11.1989), que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se *incorporadas ao plano do direito positivo interno* e, assim, servirem de subsídio para integração e interpretação da noção típica de “tortura”.

Esse é o único caso de que temos notícias de aplicação direta de normas de tratados internacionais no direito interno para fins de tipificação em matéria penal, e, mesmo assim, apenas para a definição legal de elementos típicos de norma penal incriminadora já existente.

Em conclusão, podemos dizer que: a) a legislação interna tipifica o crime de genocídio, quer como crime comum, quer como crime militar; b) a tipificação é adequada à que vem prevista no Estatuto de Roma; c) o Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma mantém a descrição típica das diversas modalidades de genocídio previstas no Estatuto.

Com relação às sanções aplicáveis a tal delito, a Lei n. 2.889/56 apresenta, em relação às penas, uma sistemática caótica,<sup>10</sup> na medida em que remete “a outras (penas) constantes do Código Penal, a outros crimes ou, então, um artigo da Lei n. 2.899 faz referência a uma pena fixada em outro artigo dela mesma”. Nessa linha, cada conduta prevista na Lei especial aponta para a pena em tese equivalente à da figura penal prevista no CP (exemplo: a conduta prevista na letra *a* —matar membros do grupo— é punida com a pena do artigo 121, § 2º, do CP —homicídio qualificado). Por essa sistemática, as diversas condutas previstas na Lei n. 2889/56 são punidas com penas de reclusão situadas entre o mínimo de 12 e o máximo de 30 anos.

No artigo 208 do CPM, a pena prevista para o genocídio praticado em tempo de paz é de reclusão entre quinze e trinta anos, se resultar em morte dos membros do grupo, e de quatro a quinze anos, para as demais hipóteses.

Nos artigos 401 e 402 do mesmo CPM, as penas previstas para o crime de genocídio praticado em tempo de guerra situam-se entre a pena de morte, e reclusão de seis a vinte e quatro anos.

Importa anotar que a CR proíbe a aplicação de penas de morte (artigo 5º, inciso XLVII, *a*), salvo em caso de guerra declarada. O país também ratificou o Protocolo à

<sup>9</sup> *Diário de Justiça da União* de 19.08.1998, p. 35. Cf., também, nota 11.

<sup>10</sup> Carlos Canêdo, *O Crime de Genocídio como Crime Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 196.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996, ressalvando a aplicação da pena capital apenas aos *crimes sumamente graves de caráter militar* praticados em tempo de guerra. O crime de genocídio, como crime militar praticado em tempo de guerra, pode, pois, ser punido com a pena de morte, desde que se trate de guerra declarada, tal como previsto no artigo 84, inciso XIX, da CR. Como veremos adiante, tal conceito de “guerra”, por si só, já se afasta daquele trazido pelas Convenções de Genebra e seus Protocolos, ratificados pelo país, que cuidam de “conflitos armados”.

Nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da CR, são inafiançáveis e insusceptíveis de anistia, graça ou indulto, dentre outros, os chamados crimes hediondos. Os “crimes hediondos” vêm atualmente previstos na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. O parágrafo único do artigo 1º desta Lei equipara o crime de genocídio aos crimes hediondos. Logo, para o crime de genocídio, aplicam-se as disposições restritivas de liberdade provisória (artigo 2º) e de progressão no regime de cumprimento de penas (artigo 2º, § 1º), bem como as que impedem a anistia, a graça ou o indulto (artigo 2º, incisos I e II). Releva notar que a Lei de Crimes Hediondos faz remissão apenas aos delitos de genocídio *previstos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, tentados ou consumados*. Como se trata de norma restritiva de direitos, que em regra não admite interpretação extensiva ou analógica, pode-se concluir que não se aplica aos crimes de genocídio previstos no CPM.

O Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa Humanidade, de 1968. Portanto, mesmo sobre crimes de genocídio, contrariando previsão expressa do Estatuto de Roma, incidem as regras de prescrição previstas no CP (prazo máximo de 20 anos) e no CPM (prazo máximo de 30 anos).

## **II. Crimes contra a humanidade**

Mesmo com a ratificação do Estatuto de Roma, o Brasil ainda não tipificou as condutas delituosas previstas no seu artigo 7º. A lei penal comum ou especial prevê, em diversos dispositivos, várias condutas delituosas cuja descrição se aproxima daquelas previstas no Estatuto de Roma, mas aplicadas aos casos decorrentes de práticas individuais, e não em situação de ataques generalizados ou sistemáticos contra a população civil, como parte de uma política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações.

Há pois disposições penais genéricas, esparsas, em relação a condutas como o racismo, a escravidão, as diversas formas de violação ou violência sexual, a tortura, o tráfico de pessoas, sem que guardem qualquer conexão com os crimes contra a humanidade previstos no direito internacional consuetudinário e no Estatuto de Roma. Além disto, é de se destacar que, nos termos do Estatuto de Roma, as condutas que caracterizam crime contra a humanidade devem ser praticadas no contexto de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil, sendo que tal elemento não se encontra prevista nos delitos existentes na legislação brasileira.

Pelas especificidades, vale apenas a remissão aos crimes de tortura e de racismo.

O crime de tortura veio tipificado, de forma autônoma, na Lei n. 9.455/97

Até então, as condutas que importavam na submissão de alguém a dores ou sofrimentos físicos ou mentais eram punidas de acordo com os tipos penais comuns de constrangimento ilegal, cárcere privado, lesões corporais, abuso de autoridade, dentre outras.

O primeiro tipo penal de tortura veio contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que em seu artigo 233 apenas prescreve a aplicação de pena a quem *torturar criança ou adolescente*. Como já mencionado anteriormente, em caso ocorrido antes da edição da Lei n. 9.455/97, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 70.389-5-SP, em que se apreciava a constitucionalidade desse tipo penal, decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções das Nações Unidas (Decreto n. 40, de 15.02.1991) e Americana (Decreto n. 98.386, de 9.11.1989), que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se *incorporadas ao plano do direito positivo interno* e, assim, servirem de subsídio para integração e interpretação da noção típica de “tortura”.<sup>11</sup>

No campo do direito penal comum, a tortura veio definida na Lei n. 9.455/97, trazendo tipificação que mais a aproxima da Convenção da ONU.

A conduta vem assim definida:

Artigo 1º. Constitui crime de tortura:

- I. constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
  - a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
  - b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;
  - c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
- II. submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com o emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 3º. Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.

---

<sup>11</sup> Sobre o julgamento, v. Sylvia Steiner, “O crime de tortura e o princípio da reserva legal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 13, jan-março/1996, pp. 163-171. Cf., também, nota nº 9.

Apenas para mencionar, vale a lembrança da existência, no sistema punitivo interno, de tipos penais previstos na lei que criminaliza o abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), e que diz respeito a outras condutas praticadas pela autoridade contra pessoa submetida à sua guarda. No que diz com a prática de violência física ou mental, as figuras penais ficaram absorvidas pelas figuras da Lei de Tortura.

No CPM não há definição autônoma de crime de tortura.

A tortura é punida, na legislação interna, com penas de reclusão. É considerada crime hediondo, aplicando-se assim as disposições previstas na Lei n. 8.072/90 em relação às restrições de liberdade provisória e progressão no regime de cumprimento da pena. Também é considerada crime inafiançável, e insuscetível de anistia, graça ou indulto, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da CR. Nos termos do artigo 5º, inciso, da CR, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, atende-se ao disposto no artigo 15 da Convenção Americana para Prevenir e Sancionar o Crime de Tortura.

Quanto ao crime de racismo, a Lei n. 7.716/89 prevê uma série de figuras típicas cuja conduta nuclear comum é a de impedir ou obstar o acesso de pessoas a cargos públicos, estabelecimentos comerciais ou de ensino, hotéis, restaurantes, edifícios públicos ou privados, etc. Quanto ao tratamento genérico da prática, incitamento ou indução de qualquer ato discriminatório, referida Lei traz o dispositivo constante de seu artigo 20, assim descrito:

Artigo 20: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º. Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

§ 2º. Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Vê-se assim a simplicidade do texto legal, que resume a prática de racismo a atos de impedimento ou perturbação do livre ingresso de pessoas nos mais variados locais, apenando inclusive de forma bem mais grave a distribuição ou veiculação de emblemas nazistas. Por certo que a tipificação dos crimes de racismo está muito longe de adequar-se às figuras típicas de *apartheid* e de discriminação previstas em tratados internacionais em vigor.

O crime de racismo, além das restrições impostas pela Lei dos Crimes Hediondos, é imprescritível por expressa disposição constitucional (artigo 5º, inciso XLII, da CR).

Em conclusão, podemos dizer que: a) não há, no momento atual, tipificação de crimes contra a humanidade na legislação brasileira; b) as figuras penais assemelhadas, como a tortura e o racismo, referem-se a condutas individuais, não se confundindo com aquelas previstas no Estatuto de Roma e que tratam de crimes cometidos de

forma sistemática ou generalizada contra a população civil, como parte de uma política para a prática dessas condutas; c) o Anteprojeto de Lei de implementação do Estatuto de Roma tipifica cada uma das condutas descritas no Estatuto, suprimindo o déficit legislativo interno.

Como já expresso no item anterior, a única fonte admitida pelo ordenamento jurídico nacional é a lei em sentido estrito, com a ressalva da incorporação da normativa internacional para integração e interpretação dos tipos penais já previstos em lei.

### **III. Crimes de guerra**

O Brasil ratificou ou aderiu aos principais tratados de direito internacional humanitário, em especial as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais I e II (P.I e P.II), a Convenção de Nova Iorque (sobre proibição ou restrição ao emprego de armas que causam danos excessivos ou efeitos indiscriminados), o Tratado de Ottawa (sobre proibição de uso, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição), dentre outras.

Não foram, entretanto, tipificados os delitos que caracterizam graves violações ao direito humanitário, em especial nas Convenções de Genebra.

No CPM (Decreto n. 1.001/69) estão previstas diversas figuras típicas de crimes militares praticados em tempo de guerra que, no entanto, passam muito ao largo da descrição das condutas consideradas como graves violações às Convenções de Genebra. Primeiramente, lembra-se que o direito interno cuida de crimes praticados “em tempo de guerra” tendo em consideração apenas a guerra formalmente declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da CR. Por sua vez, o CPM, em seu artigo 15, define o tempo de guerra como o que começa *com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização, se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades*. Assim, não se contempla o conceito de “conflito armado” consagrado nas Convenções de Genebra, nem é adequado às situações de guerra civil, na forma prevista no Art. 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.

Resta ainda lembrar que, ao ratificar as Convenções de Genebra em 1957, o país obrigou-se a tomar as medidas legislativas necessárias para tipificar as condutas consistentes em violações graves aos seus dispositivos, o que jamais foi feito. O atual Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma, elaborado pelo Grupo de Trabalho e entregue ao Ministro da Justiça, em 25 de outubro de 2002,<sup>12</sup> virá suprir a lacuna, se e quando transformado em lei.

Em suma, “o direito doméstico brasileiro acha-se profundamente defasado em relação ao atual estado do Direito Internacional Humanitário”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Cf. nota 2

<sup>13</sup> Tarciso Dal Maso Jardim, relatório elaborado por solicitação da Cruz Vermelha Internacional, inédito.

O exame da tipicidade, nestes tópicos, há de circunscrever-se aos crimes militares praticados em tempo de paz e em tempo de guerra, tal como previstos no CPM.<sup>14</sup>

A partir das previsões das 4 Convenções de Genebra (indicadas pelas siglas G.I, G.II, G.III e G.IV) e seus 2 Protocolos adicionais (indicados pelas siglas P.I e P.II), as graves violações ao direito humanitário foram divididas em grupos, por afinidades entre os bens juridicamente protegidos pelas normas incriminadoras:

1º grupo: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II, art. 130 da G.III e art. 147 da G.IV).

Como crimes militares em tempo de paz, definidos no CPM, tem-se o arrebatamento de preso ou internado, a fim de maltratá-lo (art. 181), homicídio (art. 205), lesão corporal (art. 209), maus tratos de pessoa sob autoridade para fim de educação, instrução, tratamento ou custódia (art. 213). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se os crimes de praticar homicídio e lesão corporal em presença do inimigo (art. 400 e 403, respectivamente). [...]

2º grupo: a destruição e a apropriação de bens, não justificada por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II e art. 147 da G.IV).

Como crime militar em tempo de paz, tem-se o furto (arts. 240 e 241), o roubo (art. 242) e o dano (art. 259). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se o furto (art. 404), o roubo (art. 405), o saque (art. 406) e o dano (art. 383-5). A concepção de dano em tempo de guerra, contudo, está condicionada ao benefício do inimigo, ou ao fato de comprometer ou poder comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou atentar de qualquer forma com a segurança externa do país. Segundo o CPM, então, a caracterização do dano não é fundada em motivos humanitários, sendo a destruição permitida, desde que não ofenda o interesse militar nos termos mencionados. Tendo em mente que as infrações graves em questão destinam-se a proteger principalmente edifícios, transportes e materiais sanitários inimigos, está-se diante de uma contradição. [...]

3º grupo: obrigar um prisioneiro de guerra ou civil a servir nas forças armadas da Potência inimiga (art. 130 da G.III e art. 147 da G.IV).

Não há dispositivo similar na legislação penal militar brasileira. [...]

4º grupo: privar uma pessoa protegida de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente (art. 130 da G.III, art. 147 da G.IV, art. 85, p. 4º, alínea 'e' do P.I.)

A CR proíbe o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e garante o devido processo legal [...] Diante do CPM, quem negar o acesso à justiça para qualquer pessoa ou admiti-la negligenciando as regras do devido processo legal, poderia ser enquadrado no crime de constrangimento ilegal (art. 222 CPM), de seqüestro ou cárcere privado (art. 225 CPM), em caso de execução arbitrária, de homicídio (art. 205) e vários crimes contra a administração da justiça militar [...].

5º grupo: deportação ou transferências ilegais, detenção ilegal, tomada de reféns (arts. 49 e 147 da G.IV, art. 85, § 4º, alínea 'a' do P.I.).

Poderiam ser enquadrados ou no crime de constrangimento ilegal (art. 222 do CPM; art. 146 do CP), de seqüestro ou cárcere privado (art. 225 CPM; art. 148 CP) ou abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65). Entretanto, em especial sobre deportação e

---

<sup>14</sup> O levantamento a seguir transcrito foi elaborado por Tarciso Dal Maso Jardim, no já citado relatório.

transferência ilegais, as regras não são claras, principalmente porque a legislação brasileira sobre deportação e expulsão é prevista para tempo de paz [...]

6º grupo: demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou civis, práticas de apartheid ou outras práticas desumanas e degradantes baseadas na discriminação racial, dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos (art. 85, § 4º, do P.I.).

Primeiro, não há dispositivo de repressão penal sobre repatriamento, ressalvando a boa legislação interna sobre refugiados (Lei n. 9.474/97). Segundo, o racismo é crime no Brasil [...] Por fim, nada há de específico sobre dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos. [...] De qualquer modo, não estão de forma satisfatória tipificadas as violações expressas no Protocolo I, sequer as previstas na Convenção de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados ou em seus Protocolos.

7º grupo: também são infrações graves qualquer ato ou omissão voluntária que ponha gravemente em perigo a integridade física ou mental de qualquer pessoa em poder de uma Parte, que não seja aquela da qual depende (internada, detidas ou privadas da liberdade de outra forma), e que submeta as pessoas a um ato médico que não seja motivado por seu estado de saúde e que não esteja de acordo com as normas médicas geralmente aceitas para nacionais em liberdade, como mutilações físicas, experiências médicas ou científicas, extração de tecidos ou órgãos para transplante (art. 11 do P.I.).

Não há tipo específico com esse teor para conflitos armados, mas a Lei n. 9.434/97 e o Decreto n. 2.268/97 regulam a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários, proibindo arbitrariedades. Poderia, nesse caso, também haver a classificação no crime de lesão (art. 209/403 do CPM; art. 129 do CP).

8º grupo: nos termos do art. 85 do P.I., igualmente são infrações graves os seguintes atos, cometidos intencionalmente e que causem a morte ou constituam atentados graves a integridade física ou à saúde: submeter a população civil ou civis a um ataque; lançar ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, ou contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que causarão perdas em vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil e que sejam excessivos em relação à vantagem militar concreta e diretamente esperada; submeter a ataque localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas; submeter a um ataque sabendo que ela está fora de combate; usar perfidamente o emblema distintivo da Cruz Vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções de Genebra e pelo P.I.

Sobre esse conjunto de infrações graves não há nenhum tipo penal na legislação brasileira. Poderiam, dependendo do caso, serem considerados como homicídio, lesão corporal ou dano, enquanto crimes em tempo de paz previstos no CPM ou no CP. A legislação penal militar para o tempo de guerra, contudo, admite o homicídio em presença do inimigo, mas não, evidentemente, o homicídio do inimigo. O problema é que não há definição explícita no direito militar do que seja o “inimigo”, o que pode no caso concreto incluir civis. Já o crime de dano em tempo de guerra, embora possa envolver local com forças perigosas (danificar depósito de combustível, inflamáveis, usinas, entre outros —art. 384 do CPM) está conexo ao interesse militar, e não à possibilidade de afetar vidas ou integridade de civis. Quanto ao uso de perfídia, lançando mão dos emblemas distintivos da Cruz Vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelo direito de Genebra, não há repressão penal, apesar de o Decreto 2.380/10 já ter tipificado no passado condutas similares e a Lei n. 3.960/61 fazer inequívoca remissão de respeito ao disposto nos tratados. O mais aproximado é, como crime em tempo de paz, usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito (art. 172 do CPM) e o insuficiente art. 191 da Lei n. 9.279/96.

Outras aproximações de repressão penal, presentes na legislação doméstica, seriam as seguintes:

- a) abandono de pessoa sob os cuidados, guarda, vigilância ou autoridade de militar, sendo que, por qualquer motivo, ela é incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono —art. 212 do CPM, art. 133 do CP;
- b) rapto de mulher, mediante violência ou grave ameaça, para fim de ato libidinoso, e violência carnal (estupro, atentado violento ao pudor) —arts. 232, 233, 407 e 408 do CPM, arts. 213, 214 e 219 do CP. E, na legislação comum, tem-se ainda o favorecimento da prostituição e o tráfico de mulheres —arts. 228 e 231 do CP;
- c) subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza —arts. 275 e 386 do CPM, art. 257 do CP;
- d) causar incêndio, que exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrim nio de outrem (art. 250 do CP) em lugar sujeito   administra o militar (arts. 268/386 do CPM). Causar epidemia mediante a propaga o de germes patog nicos, se o fato compromete ou pode comprometer a prepara o, a eficiência ou as opera es militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país —em tempo de guerra, art. 385 do CPM. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, planta o, pastagem ou animais de utilidade econ mica ou militar (art. 278/386 do CPM), ou causar epidemia mediante a propaga o de germes patog nicos (em tempo de paz, art. 292), ambos em lugar de administra o militar ou, em legisla o comum, respectivamente tutelados pelos arts. 259 e 267 do CP. [...];
- e) envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal, expondo a perigo a saúde de militares em manobras ou exercícios, ou de indefinido número de pessoas (em tempo de paz, art. 293), ou corromper ou poluir água potável de uso de quartel, fortaleza, unidade, navio, aeronave ou estabelecimento militar, ou de tropa em manobras ou exercício, tornando-a imprópria para consumo ou nociva   saúde (em tempo de paz, art. 294), ambos em lugar sob administra o militar. Envenenar ou corromper água potável, víveres ou forragens, se o fato compromete ou pode comprometer opera es militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país —tempo de guerra, art. 385 do CPM. Envenenar, corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, ou substância medicinal destinada a consumo (art. 270 e 271 do CP);
- f) prática de espionagem, em favor do inimigo ou comprometendo a prepara o, a eficiência ou as opera es militares (em tempo de guerra, art. 366 do CPM);
- g) danos em propriedades de interesse militar (em tempo de guerra, art. 385);
- h) sobre uso de armas, a legisla o comum possui razoável repressão penal, como a proibi o do uso de explosivos (art. 251 do CP) e da fabrica o, fornecimento, aquisi o, posse e transporte desses (art. 252 do CP). Proíbe-se criminalmente o desrespeito da Lei n. 9.112/95, que dispõe sobre a exporta o de bens sensíveis e serviços diretamente relacionados, o que envolve os bens de uso bélico, assim como os bens de uso na área nuclear, química e biológica. Regula-se também o registro e o porte de armas de uso permitido (Lei n. 9.437/97). [...]

O levantamento acima transcrito bem demonstra a defasagem da normativa interna em rela o aos chamados crimes de guerra, não são quanto   defini o das figu-

ras típicas, tal como previstas nas quatro Convenções de Genebra, em seus dois Protocolos e no Estatuto de Roma, mas especialmente quanto à inequívoca vocação do nosso chamado “direito em tempo de guerra” pela proteção da eficiência das forças armadas e das operações militares, em detrimento da proteção das pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, nos conflitos.

Ao mais, tendo em vista que o sistema constitucional brasileiro não admite a punição de crimes sem que haja dispositivo penal tipificador expresso em lei *stricto sensu*, ou seja, lei promulgada de acordo com o processo legislativo próprio, não há como se ter por suficiente a ratificação de tratados internacionais que contenham normas criminalizadoras para que estas possam ter aplicação direta no direito interno. Da mesma forma, não há precedentes que admitam a persecução penal de condutas reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional. Assim, embora o país seja Parte nos principais tratados internacionais que regulam o direito humanitário, as figuras penais acima explicitadas, em sua maioria, não definem as graves violações do direito humanitário, cabendo apenas a remissão aos tipos comuns previstos nos CP e CPM.

Em conclusão, podemos afirmar, relativamente aos crimes de guerra, que: a) o sistema punitivo interno não prevê os crimes de guerra tal como disciplinados nas normas internacionais, em especial as Convenções de Genebra e seus Protocolos e os demais tratados internacionais que cuidam da matéria; b) também não são puníveis no direito interno as violações ao direito internacional consuetudinário em relação aos usos e costumes de guerra; c) o Anteprojeto de Lei de implementação do Estatuto de Roma tipifica os crimes de guerra, consoante as previsões do Estatuto, inclui condutas previstas nas Convenções de Genebra, seus Protocolos e demais instrumentos internacionais que regulam o direito de guerra; d) o Anteprojeto cuida ainda de suprir lacunas da legislação sobre crimes de guerra, ao ampliar o conceito de guerra para nele incluir quaisquer conflitos armados, definir pessoas protegidas, definir o que seja combatente, dentre outros.

Quanto à punição por tais delitos, para os tipos penais previstos no CP, e na legislação penal esparsa, as penas aplicadas são sempre as de reclusão, variando conforme o tipo penal os limites mínimos e a pena máxima cominada, que nunca excede aos 30 anos, além das penas de multa. A sentença penal condenatória poderá gerar também outros efeitos, tais como a perda dos objetos e instrumentos do crime, a perda de bens adquiridos com o produto dos crimes, a perda do cargo ou função pública, e a perda do pátrio poder, este último em casos de crimes cometidos com abuso do pátrio poder.

No CPM, além das penas de morte e de reclusão de até 30 anos, há também penas de impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, e pena de reforma (artigos 63 a 65). Há também penas acessórias de perda do posto ou patente, de indignidade para o oficialato, exclusão das forças armadas, dentre outras (artigo 98 e seus incisos).

A pena capital é prevista, no CPM, para os crimes militares praticados em tempo de guerra, dentre eles, como visto, a traição (artigo 355), a coação a comandante (artigo 358), espionagem (artigo 366) e, como dito acima, o genocídio, dentre outros.

#### ***IV. Crime de agressão***

No Brasil não há tipificação do crime de agressão, quer na legislação comum, quer na militar.

Na CR, em especial no artigo 4º, estão expressos alguns princípios gerais que regem o país nas suas relações internacionais, dentre eles os de independência nacional (inciso I), de prevalência dos direitos humanos (inciso II), de autodeterminação dos povos (inciso III), de não intervenção (inciso IV), de igualdade entre os Estados (inciso V), de defesa da paz (inciso VI) e de solução pacífica dos conflitos (inciso VII). Como já mencionado quando cuidamos dos crimes de guerra, o conceito de guerra, no país, ainda está ligado ao conceito de guerra declarada. Em razão disso, a necessidade de formal declaração de guerra parece decorrer exatamente da idéia de legítima defesa, neste ponto condizente, pois, com os princípios da não intervenção e da defesa da paz acima referidos. Logo, nosso país, por seu texto constitucional, adere ao princípio de não agressão inscrito na Carta das Nações Unidas.

No entanto, ainda há lacuna absoluta em matéria de regulação, no campo punitivo penal, das hipóteses de crimes de agressão.

Tramita atualmente no Congresso Nacional o projeto de Lei n. 6.764 de 2002, que trata dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito, que prevê, dentre suas figuras penais típicas, os crimes de atentado à soberania, traição e violação do território que, conforme as circunstâncias em que praticados, podem ser considerados como crimes de agressão.

#### ***V. Outros tipos penais do Direito penal internacional no Direito interno***

Além dos delitos de genocídio, tortura e racismo, antes mencionados, não há previsão legal para tipificação de outras condutas de crimes internacionais como, por exemplo, o terrorismo internacional.

A CR prevê o crime de terrorismo como crime inafiançável, e insusceptível de anistia, graça ou indulto (artigo 5º, inciso XLIII), ao lado dos demais crimes hediondos e do crime de tráfico de entorpecentes. Mas não foi ainda editada lei ordinária que o defina.

O Projeto de Lei n. 6.764, de 2002, que define os crimes contra o Estado Democrático de Direito, prevê a figura típica do crime de terrorismo, assim descrevendo a conduta:

Artigo 370. Praticar, por motivo de facciosismo político ou com o objetivo de coagir autoridade, o ato de:

- I. devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo a pessoas ou bens,
- II. apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena: reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Na mesma pena incorre que praticar as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interferir em sistemas de informação ou programas de informática.

§ 2º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quatorze anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um terço, se o agente é funcionário público ou, de qualquer forma, exerce funções de autoridade pública.

Também vêm previstos, no mesmo Projeto de Lei, figuras penais relativas ao apoderamento de meios de transporte —que por vezes é forma de terrorismo—, a sabotagem, e a ação de grupos armados, nestes termos:

Artigo 371. Apoderar-se ou exercer o controle, ilicitamente, de aeronave, embarcação ou outros meios de transporte coletivo, por motivo de facciosismo político ou com o objetivo de coagir autoridade:

Pena: reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão de quatro a doze anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quatorze anos.

Artigo 372. Destruir, inutilizar, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena: reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre que praticar as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interferir em sistemas de informação ou programas de informática.

§ 2º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão, de quatro a quatorze anos.

§ 3º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quinze anos.

Artigo 373. Praticar, por meio de grupos armados, civis ou militares, atos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Por fim, merece referência a figura penal de seqüestro ou cárcere privado de autoridade estrangeira (artigo 377), e o crime de associação para o fim de pregar a discriminação ou o preconceito de raça, etnia, cor, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem, cujas penas variam de um a três anos de reclusão (artigo 379), além do crime de discriminação racial já mencionado anteriormente.

Essas são as figuras penais que, após a aprovação do Projeto de Lei, passarão a integrar o sistema punitivo nacional, atendendo às disposições de tratados e convenções internacionais que regulam essas matérias.

## C. Princípios para a aplicação do poder punitivo nacional

### I. Princípios de conexão para o poder punitivo nacional

A regra geral de aplicação do poder punitivo nacional é a *territorialidade*. Tal regra vem inscrita no artigo 5º do CP. A mesma disposição vem expressa no artigo 7º do CPM.

No CP a regra vem completada com normas de extensão do conceito de “território nacional”, nos seguintes termos:

Artigo 5º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido em território nacional.

§ 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar.

§ 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

A regra da territorialidade sofre algumas exceções, previstas no artigo 7º do CP, nas quais se aplica o chamado princípio da extraterritorialidade:

Artigo 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

#### I. os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

#### II. Eos crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiros;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Vê-se, assim, que há diversas hipóteses de aplicação da lei brasileira fora do princípio da territorialidade estrita. No inciso I, *a*, aplica-se o princípio da personalidade passiva; nas alíneas *b* e *c*, aplica-se a regra da competência *ratione materiae*; na alínea *d*, sobre a qual já nos debruçamos, levam-se em conta os princípios da personalidade ativa ou da jurisdição universal mitigada.

Nas hipóteses previstas no inciso II, só se aplica a lei brasileira se estiverem presentes todas as condições previstas nos parágrafos. Nesses casos, aplicar-se-á o princípio da jurisdição universal mitigada —ou limitada— nas hipóteses da alínea *a*, o da personalidade ativa na hipótese da alínea *b*, e da extraterritorialidade estrita, nas hipóteses da alínea *c*. É importante ressaltar que, em todas as hipóteses do inciso II, exige-se que o crime seja abstratamente punível também no lugar em que tiver sido praticado, que não tenha sido extinta, por qualquer motivo, a punibilidade do crime, e que não tenha o agente sido processado pelo fato. Afasta-se assim, para estes casos, a possibilidade do *bis in idem*.

Na Lei nº. 9.455/97, a chamada Lei da Tortura, está expressamente previsto, além da regra da territorialidade, o princípio da aplicação da lei penal brasileira com base na personalidade passiva —se a vítima for brasileira— e o da jurisdição universal mitigada —entrar o agente em território nacional.

Além do princípio da territorialidade aplicável como regra geral, há exceções a tal princípio, previstas exatamente em relação aos crimes de genocídio (artigo 7º, inciso I, *d* do Código Penal) e ao crime de tortura (artigo 2º da Lei n. 9.455/97).

As hipóteses previstas no inciso I, do artigo 7º, são de extraterritorialidade incondicionada, isto é, aplica-se a lei brasileira sem qualquer condicionante, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro (artigo 7º, § 1º), com fundamento nos princípios de defesa (artigo 7º, inciso I, *a*, *b* e *c*) e da universalidade (artigo 7º, inciso I, *d*). Portanto, para o caso do crime de genocídio (inciso I, *d*), podemos afirmar que o Brasil adota o princípio da jurisdição extraterritorial incondicionada, que, porém, não se confunde com a jurisdição universal pura, porque exige que o agente seja brasileiro, ou estrangeiro domiciliado no país.

De acordo com a doutrina, a exigência prevista no artigo 7º, inciso I, *d*, para a aplicação da lei brasileira, afasta a idéia de jurisdição universal *stricto sensu*, que se refere ao processo iniciado “sem considerar o lugar em que se cometeu o delito ou contra quem se cometeu, e sem considerar o lugar em que se encontra na atualidade”, mas demonstra um “passo intermediário entre uma jurisdição baseada estritamente na territorialidade e uma jurisdição propriamente universal”. A hipótese também vem sendo chamada de “jurisdição universal mitigada”.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Canêdo, op. cit., p. 211.

A regra contida no artigo 7º, § 1º, do CP,<sup>16</sup> é abrandada pelo disposto no artigo 8º, no sentido de que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

As hipóteses estatuídas no inciso II, do artigo 7º, são de extraterritorialidade condicionada, porque a lei brasileira é aplicada quando satisfeitos certos requisitos, com base nos princípios da universalidade (artigo 7º, inciso II, *a*), da personalidade (artigo 7, inciso II, *b*), da representação, ou bandeira (artigo 7, inciso II, *c*) e da defesa (artigo 7º, § 3º). Vale dizer: para a hipótese de crimes que o Brasil obrigou-se a reprimir por tratado ou convenção (inciso II, *a*), a jurisdição extraterritorial poderá ser exercida mediante o preenchimento das condições descritas no § 2º, ainda quando o agente não seja brasileiro, nem esteja domiciliado no país, desde que entre em território da jurisdição brasileira.

Desvincula-se, para os autores de delitos previstos nos tratados ou convenções (exceção feita ao crime de genocídio), o critério da nacionalidade, mas exige-se o preenchimento de condições objetivas outras: entrada no território nacional, ser o crime punível no país em que foi praticado, ser crime para o qual a lei brasileira admita a extradição,<sup>17</sup> e não haja *bis in idem*.

A lei que regulamenta o crime de genocídio não faz quaisquer referências sobre competência ou jurisdição. Já em relação à tortura a lei que a regulamentou contém disposição expressa, no sentido de que ser ela aplicável ainda que o crime não tenha sido cometido em território nacional, desde que a vítima seja brasileira ou que o agente se encontre em território brasileiro.<sup>18</sup>

Portanto, o crime de tortura, quanto à jurisdição, difere do crime de genocídio, pois não se vincula à nacionalidade do agente, mas sim da vítima, ambos exigindo que o agente se encontre em território nacional.

Para os demais crimes internacionais, não há regras específicas. Deve-se lembrar que o Brasil ratificou as Convenções de Genebra de 1949, as quais prevêem expressamente a aplicação do princípio da jurisdição universal. No entanto não há, na legislação brasileira, conforme já afirmado, possibilidade de se punir condutas previstas nos tratados internacionais como crimes internacionais, exceto se os tipos penais forem também previstos por lei interna. O direito penal internacional só pode ser

---

<sup>16</sup>Esta norma é de constitucionalidade duvidosa, tendo em vista o disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da CR em vigor, que garante o direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).

<sup>17</sup>A Constituição da República disciplina a extradição no artigo 5º, incisos LI e LII. É órgão competente, com exclusividade, para decidir sobre extradição, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do disposto no art. 102 da Constituição da República.

<sup>18</sup>Diz o art. 2º da Lei 9.455/97: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

diretamente aplicado para integração das normas penais de direito interno. Logo, não há como se proceder ao julgamento de agentes que tenham cometido, no exterior, crimes de guerra.

Como são diversas as hipóteses de aplicação extraterritorial da lei penal, ou de exercício de jurisdição universal, temos que algumas trazem restrições ao poder punitivo como limitações de punibilidade —portanto, de caráter material— e outras trazem limitações processuais ao exercício da jurisdição.

Na hipótese, por exemplo, dos crimes de genocídio e de tortura, para os quais se aplicam o princípio da jurisdição extraterritorial ou universal mitigada, há uma limitação de caráter processual, pois impõe como condição ao exercício da jurisdição a entrada do agente em território nacional. Já para os crimes de guerra, a limitação é material, pela falta de tipificação das condutas no ordenamento jurídico nacional.

Também vimos acima que, na hipótese de exercício de jurisdição extraterritorial prevista no artigo 7º, inciso II, do CP, há a necessidade de concorrerem várias condições: entrar o agente em território nacional (condição processual), ser o fato punível também no país em que foi praticado (condição material), estar o crime incluído entre aqueles que autorizam a extradição (condição material), não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena (condição material) e não ter sido por qualquer motivo extinta a punibilidade (condição material).

A regra geral, portanto, é de restrições de caráter material.

## ***II. Caráter obrigatório ou discricionário da persecução***

O Brasil não tem tradição de persecução penal de crimes internacionais. No caso de estrangeiros presos em território nacional, acusados de prática de crimes em outros países, a opção tem sido, em regra, a extradição.

Creemos importante salientar que, no sistema punitivo brasileiro, salvo algumas exceções em matéria de crimes contra a honra, crimes contra os costumes, crimes de dano —entre outros— a regra é a da obrigatoriedade da persecução penal, impondo-se ao Ministério Público a iniciativa da ação penal sempre que tenha elementos quanto à autoria e materialidade delitivas. Nos casos específicos de crimes de genocídio e de crimes de tortura, os únicos já expressamente previstos no ordenamento jurídico pátrio, não se poderia cogitar de discricionariedade em qualquer hipótese, já que são delitos que envolvem bens jurídicos como a vida e a integridade física de pessoas. Nestes casos, mesmo na legislação interna não há previsão de discricionariedade.

Assim, eventual discricionariedade na punição de estrangeiros pela prática de crimes internacionais pode existir enquanto opção entre julgar ou extraditar. Jamais poderia haver discricionariedade para isentar o fato de persecução.

## D. Pressupostos gerais de punibilidade e isenções de pena

### I. *Pressuposto geral da punibilidade e isenções de pena em comparação com o Estatuto de Roma*

1. Com a Reforma Penal de 1984, o legislador brasileiro passou a acolher, sem exceção, o direito penal da culpa. Assim, não se admite qualquer forma de punição penal baseada em responsabilidade penal objetiva. Em regram somente são puníveis as condutas dolosas. Excepcionalmente, e desde que expressamente previstas, é possível a punição a título de culpa.

Tanto o CP (artigo 18), quanto o CPM (artigo 33), admitem tanto o dolo direto —“quando o agente quis o resultado”— quanto o dolo eventual —“quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado”.

Cabe destacar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma não traz dispositivo semelhante. Contudo, embora sem previsão expressa, a aplicação de tal regra decorre de seu caráter subsidiário, na medida em que seu artigo 15 estabelece que “aplica-se o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar, no que não contrariarem esta lei”.

Em suma, ambos diplomas legais apresentam a mesma disciplina. Pune-se o crime *doloso*, cometido mediante *dolo direto ou eventual*.

2. O CP prevê a punição de crimes cometido de forma *culposa* (culpa em sentido estrito). O crime é culposo, quando “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligencia ou imperícia” (artigo 18, inciso II).

A punição a título culposo, no entanto, é excepcional, somente sendo cabível nos crimes em que, expressamente, seja prevista a figura culposa. O parágrafo único do artigo 18 do CP, e o parágrafo único do artigo 33 do CPM estabelecem que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Como já destacado, no Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma tais dispositivos terão aplicação subsidiária (artigo 15).

Também o CPM, que terá aplicação no caso dos crimes de guerra nele previstos e, subsidiariamente, aos crimes de guerra previstos no Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma, prevê a punição a título *culposo*, quando “o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”.

Em resumo, embora com alguma variação terminológica, tanto o CP, quanto o CPM apresentam a mesma disciplina sobre o crime culposo. Todavia, a conduta somente é punida a título de *culpa* quando o legislador, expressamente, preveja um tipo penal culposo. Portanto, em regra, os delitos são punidos a título de dolo.

O CP prevê crimes culposos nos seguintes artigos: 121, § 3º; 129, § 6º, 250, § 1º; 252, parágrafo único; 270, § 2º; 271, parágrafo único; 272, § 2º; 273, § 2º; 278, § 2º; 280, parágrafo único; 312, § 2º.

O CPM estabelece, como modalidades *culposas*, os crimes dos artigos 179; 269, § 4º; 277; 278, parágrafo único; 281; 282, § 3º; 284, § 2º; 292, § 2º; 332, § 2º; 366, parágrafo único; 367; 377; 379, § 2º; 380 e 381.

No Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma não há previsão expressa e específica de crime punido a título de culpa. De se destacar, porém, que o Anteprojeto, em seu artigo 10, reproduz o artigo 28 do Estatuto de Roma, que disciplina a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos. Em tal dispositivo há previsão de responsabilidade dos comandantes pelos crimes cometidos por agentes sob o seu comando e controle efetivo, quando “deveria saber” que os estes estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes e não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no prevenir ou reprimir sua prática. Na doutrina nacional há grande discussão sobre o significado da expressão “deveria saber”, havendo corrente que entende tratar-se de dolo eventual e outra que considera como sendo hipótese de crime culposo.

Todas as figura criminais propostas somente são punidas quando praticadas de forma *dolosa*.

3. A Reforma da Parte Geral do CP, de 1984, modificou a disciplina do erro, substituindo os conceitos de *erro de fato* e de *erro de direito* pelo de “erro de tipo” e “erro de proibição”. A disciplina legal do erro vem assim definida:

Erro sobre elementos do tipo

Artigo 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Erro sobre a ilicitude do fato

Artigo 21. O desconhecimento da lei e inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse consciência.

Já o CPM mantém a disciplina do *erro de fato* e *erro de direito*, nos seguintes termos:

#### Erro de fato

Artigo 36. É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente excusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

#### Erro culposo

1º Se o erro deriva de culpa, a este título responde o agente, se o fato é punível como crime culposo.

#### Erro provocado

2º Se o erro é provocado por terceiro, responderá este pelo crime, a título de dolo ou culpa, conforme o caso.

A disciplina do CP, por ser mais técnica do que a CPM, foi adotada, integralmente, no Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma, que reproduz os artigos 20 e 21 do CP, em seus artigos 12 e 13. Cabe observar, que mesmo para os crimes de guerra previstos no Anteprojeto, será esta disciplina que prevalecerá, posto que o Anteprojeto tem disposição expressa, distinta daquela existente do CPM.

Sobre a relevância do *erro de direito*, é de se distinguir o erro quanto ao conhecimento da lei, que é inexcusável, do erro sobre a ilicitude do fato, este sim, passível de isentar o agente de pena, quando se trata de erro invencível. Assim, o simples desconhecimento formal da lei, não exime de pena, de acordo com a regra *ignorantia legis neminen excusat*. Já o desconhecimento do caráter proibido da conduta, supondo, de forma justificada, que a mesma era lícita, isenta de pena.

4. Com relação à *tentativa*, ela é punível pelo CP, embora em tal caso incida causa de redução de pena, de um a dois terços.

O crime é tentado quando “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” (CP, artigo 14, inciso II).

Já o CPM, embora conceitue a *tentativa* nos mesmos termos do CP, apresenta disciplina diversa quanto à pena, na medida em que o juiz pode deixar de reduzi-la, punindo o crime tentado com a mesma pena do delito consumado (artigo 30, parágrafo único).

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma considerou mais adequada a disciplina da legislação militar, que dá maior margem de discricionariedade ao julgador, adotando-a no seu artigo 7º, não apenas para os crimes de guerra, mas também para o genocídio e os crimes contra a humanidade.

Além da tentativa, o CP, em seu artigo 15, prevê as figura da *desistência voluntária* e o *arrepentimento eficaz*. A mesma disciplina é encontrada no artigo 31 do CPM. Ambos institutos têm incidência no Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, por aplicação subsidiária do CP e CPM.

De se destacar, também, a possibilidade da ocorrência de *desistência voluntária*, quando o agente, voluntariamente deixa de prosseguir na execução do crime, quando podia fazê-lo. Já o *arrepentimento eficaz* se verifica quando o agente, após terminada a fase de execução, impede que o resultado se produza. No primeiro caso, o agente ainda se encontra na fase de execução do crime e impede que ela prossiga. Já

no arrependimento eficaz, a etapa dos atos de execução já se findou, mas o agente impede que o resultado se produza.

CP prevê, por fim, a figura do *arrepentimento posterior*, como causa de redução de pena: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (artigo 16).

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 8º, exclui a aplicação do disposto no artigo 16 do CP, aos crimes nela definidos.

5. No concurso de pessoas, além da punição para o autor dos delitos, o CP artigo 29, *caput*, e o CPM, artigo 53, *caput*, também prevêem a punição, pelo mesmo crime, de quem auxilia, instiga ou induz terceira pessoa a cometê-los.<sup>19</sup> Em regra, a pena do *participe* será a mesma do *co-autor* do delito.

O CP estabelece, ainda, que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (artigo 29, § 1º). De forma semelhante, o CPM prevê, em no artigo 53, § 3º, que “A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância”.

Prevê, ainda, o CP, a participação em crime diverso: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (artigo 29, § 2º).

Ainda quanto à participação e autoria, merece destaque o artigo 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que prevê, como crime autônomo, uma modalidade de participação no genocídio. Constitui crime: “Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o artigo 1º”.

Cabe ressaltar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 20, reproduz a mesma sistemática da lei de genocídio.

Em suma, com relação aos crimes internacionais, não há previsão de regra específica sobre a *autoria*, *co-autoria* e *participação*.

6. Com relação à punição da *omissão*, além do crime omissivo próprio, que depende do tipo penal estabelecido pelo legislador, há também previsão de punição para os crimes comissivos por omissão, nos casos em que o agente estava na posição de garantidor da inocorrência do resultado.

Assim, o CP, ao disciplinar a relevância causal da *omissão*, estabelece, em seu artigo 13, § 2º, que:

Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para

---

<sup>19</sup>De outro lado, nos termos do art. 31, do CP, “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A mesma redação é encontrada no artigo 29, § 2º, do CPM.

Este regramento aplica-se, subsidiariamente, ao Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, sempre nos termos do disposto no artigo 15.

7. O CP não apresenta uma regra especial de *responsabilidade para o superior hierárquico*. Todavia, no campo da dosimetria da pena, estabelece que tal situação autoriza uma majoração da sanção do agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (artigo 62, inciso I), ou “instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal” (artigo 62, inciso III). O mesmo regramento encontra-se no CPM em seu artigo 53, § 2º, inciso I e III.

De se destacar que o *superior hierárquico* responde pelo ato praticado por seu subordinado, que cumpre ordem não manifestamente ilegal, como será analisado no item seguinte.

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma reproduziu, em seu artigo 10, o disposto no artigo 28 do Estatuto de Roma, quanto à responsabilidade penal do superior hierárquico.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Art. 10. Além de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes previstos nesta lei:

- I. quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar as ameaças ou danos.
- II. o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelos crimes cometidos por agentes sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esses agentes quando:
  - sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que os agentes estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e
  - não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.
- III. No que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no inciso II, o superior pelos crimes que tiverem sido cometidos por subordinados sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:
  - teve conhecimento ou, deliberadamente, não levou em consideração a informação que indicava que os subordinados estavam cometendo tais crimes ou se preparavam a cometê-los;
  - os crimes estavam relacionados com atividades sob sua responsabilidade ou controle efetivos; e

8. Na disciplina do *cumprimento de ordem de superior hierárquico* o CP, em seu artigo 22, prevê uma causa de exclusão de culpabilidade, quando o fato é cometido “em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”, hipótese em que só é punível o autor da coação ou da ordem.

Substancialmente, a mesma regra vem estabelecida no CPM, no artigo 38:

Artigo 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

- a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

- b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

§ 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Já o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma apresenta disciplina diversa:

Artigo 14. A obediência a ordens de superior hierárquico, civil ou militar, não constitui causa excludente, exceto nos crimes de guerra quando:

- a) estiver o agente obrigado por lei a obedecer a ordens emanadas de autoridade ou do superior hierárquico;
- b) não tiver conhecimento de que a ordem era ilegal; e
- c) a ordem não for manifestamente ilegal.

Embora com alguma diferença redacional, substancialmente os três dispositivos são iguais, isentando de pena quem pratica o ato em *obediência a ordem de superior hierárquico*, em ato relacionado ao serviço, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal (ou criminosa).

Destaque-se, por fim, que o Anteprojeto também traz disciplina específica sobre a coação irresistível.<sup>21</sup>

9. A *legítima defesa* é prevista como uma das causas excludentes de ilicitude, tanto o CP quanto o CPM (artigo 23, inciso II e artigo 42, inciso II, respectivamente), sendo definida nos seguintes termos: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta

---

– não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

<sup>21</sup> Art. 11. Somente será considerada irresistível a coação decorrente de ameaça de morte ou de ofensa grave à integridade física ou à saúde exercida contra o agente ou contra terceiros, desde que o agente:

- a) atue de forma razoável e necessária para evitar a coação; e
- b) não tenha dado causa à situação da coação.

agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (CP, artigo 25; CPM, artigo 44, *caput*).

De se destacar que, em ambos diplomas legais, pune-se o excesso doloso ou culposo. O CP limita-se a prever a responsabilidade do agente pelo excesso (CP, artigo 23). Já o CPM apresenta disciplina mais detalhada, nos artigos 45 e 46.<sup>22</sup>

10. Também o *estado de necessidade* está previsto, tanto o CP quanto o CPM, como excludente de ilicitude, que afasta o caráter criminoso da conduta (artigo 23, inciso I e artigo 42, inciso I, respectivamente).

O *estado de necessidade* é definido de forma diversa no CP e no CPM.

Diz o CP que:

Estado de necessidade

Artigo 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Já o CPM dispõe que:

Estado de necessidade, como excludente do crime

Artigo 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

A diferença básica está no elemento que exige a ponderação entre o bem sacrificado e o bem protegido. Enquanto o CP se limita a dispor que o “sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir”, a lei militar, de forma mais detalhada, exige que “o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado”.

Com relação ao excesso doloso ou culposo, vale o que já foi considerado quanto à legítima defesa.

---

<sup>22</sup> Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

11. O problema da *imputabilidade*, especificamente com relação ao *menor*, encontra disciplina tanto em nível constitucional, quanto na legislação ordinária. O CP estabelece que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (artigo 27).

Já no CPM a disciplina é diversa, havendo casos em que se admite a responsabilidade penal para menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 16 anos, em determinadas circunstâncias: “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento” (artigo 50). Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. Além disto, há casos no CPM de pessoas que são equiparáveis aos maiores de dezoito anos.<sup>23</sup>

De se destacar, porém, que a CR de 1988, posterior a ambos diplomas acima citados, estabelece, em seu artigo 228, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial. Assim, diante da nova disciplina constitucional, não foram recepcionados os dispositivos do CPM que previam a responsabilidade penal dos *menores de 18 anos*, inclusive nos casos em que equiparava menores em determinadas situações aos maiores de 18 anos.

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma não apresenta disciplina específica quanto à menoridade penal, prevalecendo, pois, a regra geral dos 18 (dezoito) anos.

Não há disciplina específica para a punição do menor em caso de crimes internacionais. De qualquer forma, diante da vedação constitucional, mesmo no caso de crimes internacionais, não se poderá punir o menor de 18 anos.

12. Nos crimes internacionais não há *normas de determinação de pena especiais*.

Com relação aos crimes de guerra previstos no CPM, há causa de aumento de pena, de um terço, em relação a pena dos mesmos crimes cometidos em tempo de paz (artigo 20). Merece destaque, ainda, o fato de o CPM prever a pena de morte (artigo 55, letra *a*). Aliás, a única hipótese em que a CR brasileira admite a pena de morte é para os crimes militares em tempo de guerra (artigo 5º, inciso XLVVI, letra *a*).

---

<sup>23</sup> Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:

- a) os militares;
- b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
- c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Não há nenhum dispositivo legal que preveja *finalidade especial* para a pena, no caso dos crimes internacionais. As finalidades são as mesmas previstas para os crimes comuns, de repressão e prevenção.

13. Na legislação brasileira não há previsão de *responsabilidade penal das pessoas jurídicas* por crimes internacionais.

A CR brasileira somente admite a *responsabilidade penal da pessoa jurídica* nos casos de crimes ambientais (CR, artigo 225, § 3º) e crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, § 5º).

Contudo, no plano infraconstitucional, somente há lei prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os casos de crimes ambientais (Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998, artigos 21 a 24). Não houve, ainda, disciplina legal prevenindo a possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Cabe ressaltar que a doutrina majoritária vem entendendo que somente nestes casos previstos expressamente na CR é que o legislador poderá estabelecer hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim, nos demais casos, que incluiriam os crimes internacionais, continuaria a vigorar a máxima *societas delinquere non potest*.

Em suma, não há, pois, responsabilidade penal para a pessoa jurídica em relação aos crimes internacionais.

14. Com relação às *imunidades*, cabe distinguir as de caráter internacional, daquelas de natureza interna.

Quanto às imunidades internacionais, o Brasil é signatário da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961 (ratificada em 25 de março de 1965, tendo entrado em vigor para o Brasil em 4 de abril do mesmo ano; promulgada pelo Decreto 56.435, de 8 de junho de 1965), que em seu artigo 31, § 1º, dispõe: “o agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado”.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, da qual o Brasil também é signatário (ratificada em 11 de maio, tendo entrado em vigor para o Brasil em 11 de junho de 1967; promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26 de junho de 1967) assegura, em seu artigo 43, § 1º: “que os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor, pelos atos realizados no exercício das funções consulares”.

A questão dos acordos bilaterais que têm sido promovidos pelos Estados Unidos, com base no artigo 98, II, do ER, não tem suscitado debates mais intensos. O tema é pouco discutido nos meios de informação e a população, de uma maneira geral, ignora o problema. No meio jurídico tem-se combatido e repudiado os acordos bilaterais, prevalecendo o entendimento de que o Brasil não deve firmar tal tipo de compromisso.

Com relação à *imunidade* interna, a CR assegura, em seu artigo 53, *caput*, que “os deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão invioláveis, civil e

penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Também há previsão de *imunidade*, embora mais restrita, para os Vereadores, que são invioláveis “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (CR, artigo 29, inciso VIII).

Cabe destacar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 9º, prevê que “o exercício de cargo ou função oficial, civil ou militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem poderá, per se, constituir motivo para redução da pena”.

15. Passando à análise das hipóteses e prazos de *prescrição*, no sistema brasileiro, a regra é que os crimes são prescritíveis, salvo algumas exceções previstas na própria CR. São *imprescritíveis* os crimes de racismo (CR, artigo 5º, inciso XLII) e a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito” (CR, artigo 5º, inciso XLIV).

Não há prazo de prescrição genérico. O prazo prescricional varia de acordo com a quantidade da pena cominada ao delito e, posteriormente à sentença, é calculado com base na pena efetivamente aplicada. O CP estabelece, em seu artigo 109, os seguintes prazos prescicionais:

Artigo 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se.

- I. em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II. em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III. em doze anos, se o máximo da pena superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV. em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V. em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI. em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Por seu lado, o CPM, aplicável aos crimes de guerra, estabelece que:

Artigo 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I. em trinta anos, se a pena é de morte;
- II. em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- III. em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;
- IV. em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;
- V. em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;
- VI. em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VII. em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Para dar cumprimento à obrigação internacional de prever a *imprescritibilidade* dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, o artigo 3º do Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma estabelece: “os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis”. Além disto, o parágrafo único do mencionado dispositivo legal estabelece que as únicas causas de extinção da punibilidade, em relação a tais delitos, são a morte do agente e a retroatividade da lei penal mais benéfica que não mais considere o fato como crime. Como já destacado no item 1.2, em matéria penal, a lei é a única fonte jurídica, em sentido estrito, no que se refere às normas incriminadoras, o que inclui as regras sobre prescrição. Assim, não é possível admitir a imprescritibilidade dos crimes internacionais com base em normas consuetudinárias.

16. No sistema constitucional brasileiro, em regra, é possível ao Poder Legislativo conceder *anistia* aos delitos. Também pode o Presidente da República conceder *graça* individual ou coletiva aos condenados (CR, artigo 84, inciso XII). Há, porém, exceções, em que a própria CR prevê a impossibilidade de concessão de anistia e de graça. Assim, são insuscetíveis de anistia ou graça “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (CR, artigo 5º, inciso XLIII).

Mais uma vez, merece destaque o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma que estabelece, em seu artigo 3º, *caput*, que “os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto”.

17. Com relação à aplicação a lei penal no tempo, a *proibição de retroatividade* é prevista na CR, em seu artigo 5º, inciso XXXIX. A mesma regra é encontrada no artigo 1º do CP e do CPM. Assim, fica totalmente excluída a possibilidade de aplicação das normas que prevejam crimes internacionais a fatos cometidos antes do início de sua vigência.

18. No ordenamento jurídico brasileiro a garantia do *ne bis in idem* está ligada à coisa julgada, que é assegurada constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXVI.

A garantia do *ne bis in idem* é excepcionada, em poucos casos. Mais especificamente, nas hipóteses em que se aplica a regra da extraterritorialidade incondicionada, o agente pode ser punido, segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior (CP, artigo 7º, § 1º).<sup>24</sup> Já o CPM estabelece exceções mais abrangentes a tal garantia: “aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território

---

<sup>24</sup> Isto ocorre nos seguintes crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração Pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira” (artigo 7º). De se observar, ainda, que em ambos os casos, a pena cumprida no estrangeiro será descontada da pena imposta no Brasil (CP, artigo 8º, e CPM artigo 8º)

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro vigora a garantia do *ne bis in idem*, salvo nos caso em que se aplica a regra da extraterritorialidade incondicionada, hipóteses em que, mesmo que o agente tenha sido absolvido ou condenado no exterior, poderá ser processado no Brasil.

### E. Procedimentos especiais para os crimes internacionais

No sistema processual brasileiro, não há procedimentos especiais para processo e julgamento dos crimes internacionais. Em regra, utilizam-se os procedimentos ordinários afetos ao processo comum e ao processo militar.

O CPP prevê duas grandes categorias de procedimentos: os comuns e os especiais. O procedimento comum subdivide-se em ordinário e sumário. Em regra, o procedimento ordinário aplica-se aos crimes mais graves, porque punidos com reclusão, enquanto que o procedimento sumário aplica-se aos crimes cuja pena prevista seja de detenção, prisão simples ou multa.

No sistema do CPP, a persecução penal é dividida em duas fases: a primeira, caracterizada pelo inquérito policial, é inquisitória; a segunda fase, em que ocorre o processo judicial, tem natureza acusatória.<sup>25</sup> De se destacar que, em face da CR de 1988, não pode restar qualquer dúvida sobre a adoção do processo penal acusatório. Na CR estão separadas, claramente, as funções de julgar, acusar e defender. O julgamento é conferido exclusivamente aos membros do Poder Judiciário. De outro lado, o monopólio da ação penal de iniciativa pública foi conferido ao Ministério Público (CR, artigo 129, inciso I), sendo vedada qualquer forma de ação penal *ex officio*. Além disto, juízes e promotores de justiça integram instituições distintas. O Ministério Público não integra nem o Poder Executivo, nem o Poder Judiciário, sendo considerado uma função essencial à Justiça. Por fim, na mesma categoria, também são incluídas a Advocacia e as Defensorias Pública, que exercem a defesa técnica no processo penal (CR, artigo 133 e 134, respectivamente). Além disto, ao acusado são asseguradas uma série de garantias, como contraditório e a ampla defesa (CR, artigo

---

<sup>25</sup> Não se pode olvidar, porém, da advertência de Helio Tornaghi (*Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III, pp. 480-1), que analisando a sistemática originária do CPP, destacava “se bem que o inquérito seja inquisitório e o processo judiciário acusatório, em suas linhas gerais, na verdade um e outro apresentam brechas: no inquérito permite-se ao ofendido e ao indiciado requererem diligências (Código de Processo Penal, art. 14). E na fase judiciária, inúmeros são os atos escritos, permite-se, por vezes, o segredo (v. g., Código de Processo Penal, arts. 486, 561, VI, 745, 792, § 1º) e o juiz pode sempre determinar diligência para descobrir a verdade (Código de Processo Penal, arts. 156, *fine*, 176, 209, etc.)”.

5º, inciso LV); o devido processo legal (CR, artigo 5º, inciso LIV); a presunção de inocência (CR, artigo 5º, inciso LVII), o direito ao silêncio (CR, artigo 5º, inciso LXIII). Por fim, todos os atos jurisdicionais deverão ser, em regra, públicos e as decisões necessitam de fundamentação (CR, artigo 93, inciso IX).

Porém, embora não reste dúvida sobre a opção do legislador constituinte, em adotar um sistema acusatório, na prática, tem se observado que nem sempre as coisas funcionam segundo o modelo estabelecido. Um dos principais desvirtuamentos e a possibilidade da utilização, durante o processo, das provas colhidas durante o inquérito policial, de natureza inquisitória. Há casos, inclusive, de condenações baseadas apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, desprezando-se, muitas vezes, a própria prova colhidas em contraditório e perante o juiz.

O procedimento comum ordinário do CPP inicia-se com o oferecimento da denúncia. Como seu recebimento, são determinadas a citação do acusado e sua notificação para o interrogatório. Após a realização desses atos, o acusado tem o prazo de 3 dias para oferecer defesa prévia e alegar exceções. Segue-se a realização de audiência para ouvir as testemunhas de acusação e outra para a oitiva das testemunhas de defesa. A acusação e a defesa poderão arrolar até 8 de testemunhas. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes poderão, no prazo de 24 horas sucessivas, requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Concluídas as diligências requeridas e ordenadas, as partes devem apresentar alegações finais escritas no prazo de 3 dias, também sucessivamente, seguindo-se a sentença. Todavia, antes de julgar o processo, o juiz poderá sanar eventuais nulidade ou determinar a realização de diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos.

No CPPM, também há previsão de procedimento ordinário, e de procedimentos especiais. A primeira fase da persecução penal é feita através do inquérito policial militar, sendo que na segunda fase instaura-se verdadeiramente o processo judicial. O procedimento ordinário inicia-se com o recebimento da denúncia. Cita-se o acusado e se determina a intimação das testemunhas arroladas na denúncia. Instala-se, então, o Conselho de Justiça, órgão colegiado, que irá julgar o caso. Designa-se data para interrogatório do acusado, que deverá se realizar pelo menos 7 dias depois da designação. Realizado o interrogatório, o acusado, no prazo de 48 horas, poderá opor exceções e alegar qualquer outra matéria de defesa. Realiza-se a audiência para a oitiva das testemunhas de acusação. As testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução, desde que não exceda o prazo de 5 dias após a oitiva da última testemunha de acusação. Encerrada a oitiva das testemunhas de defesa, abre-se vista dos autos, no prazo de 5 dias, para as partes formularem eventuais requerimentos. O juiz poderá determinar a realização de diligências que entender necessárias. As partes têm prazo de 8 dias para apresentar alegações escritas. Os autos vão conclusos ao auditor, que ainda poderá ordenar a realização de diligências para sanar nulidades ou esclarecer a verdade. Designa-se, então, dia e hora para julgamento perante o Con-

selho de Justiça. No dia de julgamento, aberta a sessão, passa-se à leitura de peças do processo. As partes terão a palavra, primeiro a acusação e depois a defesa, pelo prazo de 3 horas. Poderá haver réplica e tréplica, pelo prazo de 1 hora, para cada parte. Concluídos os debates, o Conselho de Justiça passa a deliberar, em sessão secreta. Após a votação, a sentença é redigida pelo auditor. Reaberta a sessão, o resultado é proclamado pelo presidente do Conselho de Justiça (auditor). Se a sentença não for lida na própria sessão, o auditor marcará sessão pública, no prazo máximo de 8 dias, para a leitura da sentença.

Estes procedimentos são aplicáveis à generalidade dos crimes, sem qualquer especificidade para os crimes internacionais. Apenas no que diz respeito à competência, é que haverá tratamento específico para os delitos internacionais. Sendo o Brasil um estado federativo, a regra é o julgamento dos crimes pelos sistemas judiciais dos Estados federados. Somente em hipóteses expressamente previstas na CR é que a competência será das Justiças Especializadas ou da Justiça Federal. O deslocamento da competência pode dar-se *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*.

A matéria sobre competência vem regulada nos artigos 101 e seguintes da CR. Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar, originariamente, o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e o Procurador Geral da República, pela prática de infrações penais comuns; pelos crimes comuns e de responsabilidade, estão também sujeitos à competência do STF os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missões diplomáticas permanentes (CR, artigo 102, *a* e *b*).

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) compete julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, também por crimes de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos dos Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (CR, artigo 104, inciso I, *a*).

Aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) compete processar e julgar originariamente, por crimes comuns e de responsabilidade, os juízes de sua área de jurisdição, incluídos os juízes federais do Trabalho e os da Justiça Militar, os membros do Ministério Público da União (CR, artigo 108, inciso I, *a*). É competência dos juízes federais de primeiro grau o processo e julgamento das causas entre Estados estrangeiros ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada no país (CR, artigo 109, inciso II) e as causas fundadas em tratados ou contrato da União com estado estrangeiro ou organismo internacional (CR, artigo 109, inciso III). Em matéria penal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas

entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (CR, artigo 109, inciso IV), bem como os crimes contra a organização do trabalho e o sistema financeiro (CR, artigo 109, inciso VI). Também, os crimes cometidos a bordo de naves ou aeronaves (CR, artigo 109, inciso IX) e de ingresso ou permanência irregular de estrangeiros (CR, artigo 109, inciso X). Por fim, e no que mais nos interessa, destaca-se que cumpre também aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (CR, artigo 109, inciso V).

O destaque desta última previsão tem por fundamento o fato de que, anteriormente, a redação do inciso remetia à Justiça Federal o processo e julgamento de quaisquer crimes previstos em tratados ou convenções ratificados pelo país. No entanto, após a Emenda n. 7/77 à CR de 1969, acresceu-se a exigência de que o crime tivesse *iniciada sua execução no país, ou seu resultado ocorresse no país*. Essa redação foi incorporada ao texto constitucional de 1988. A restrição da competência da Justiça Federal para processo e julgamento dos crimes previstos em tratados teve como conseqüência a dispersão dos procedimentos pelos sistemas judiciários dos Estados federados, nem sempre equipados para dar respostas efetivas à opinião pública internacional. Ademais, desde que remetidos os processos às Justiças Estaduais, fica a União sem poderes para intervir adequadamente e exigir a pronta resposta penal, sujeitando o país a ver-se responsabilizado perante instâncias internacionais, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por tais razões, está em tramitação Projeto de Lei que remete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes de violação de direitos humanos, bem como de crimes os quais o país obrigou-se por tratados ou convenções a reprimir e punir. Da mesma forma, no Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma, os crimes ali descritos são apontados como crimes contra os interesses da União e, por tal razão, de competência exclusiva da Justiça Federal, comum ou militar.

No Anteprojeto, afora os procedimentos específicos relativos à cooperação judiciária entre o país e o Tribunal Penal Internacional, o processo e julgamento dos crimes seguirá os ritos procedimentais ordinários da Justiça Federal, comum ou militar. Em seu texto, há apenas duas especificidades. A primeira é o afastamento dos prazos procedimentais, do termo máximo para o término da instrução —que passa de 81 dias para dois anos—, quando o acusado estiver preso. A outra diferença e a inexistência de limitação do número de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes, devendo ficar tal questão a critério do Juízo.

Afasta-se também, no Anteprojeto, o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por fim, o Anteprojeto prevê expressamente a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, adequando-se assim à expressa previsão do Estatuto de Roma.

## F. A prática da persecução penal efetiva

Não se tem conhecimento de pesquisas realizadas com o intuito de apurar a efetiva aplicação das leis de repressão e punição de crimes internacionais no país.

Alguns casos que chegaram ao conhecimento dos meios de comunicação referem-se à descoberta de criminosos procurados pela prática de crimes internacionais e que se encontravam homiziados em nosso país. No entanto, não foi instaurada a instância punitiva, já que se optou pela concessão de extradição aos Estados Requerentes, nos quais os crimes foram praticados ou de onde os procurados seriam nacionais.

Podemos dizer que o Brasil possui uma legislação que lhe permite o exercício da jurisdição universal mitigada, mas não há casos conhecidos de seu efetivo exercício.

Com relação aos crimes cometidos no período do regime militar, hipóteses que hoje seriam consideradas delitos contra a humanidade, diante da anistia constitucional concedida pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, tais delitos acabaram restando sem punição, por ter se operado a extinção da punibilidade por força a anistia.<sup>26</sup>

Em conclusão, pode-se dizer que não há precedentes no Brasil de julgamentos de crimes internacionais.

O Poder Judiciário e seus membros têm garantias de independência e de imparcialidade asseguradas constitucionalmente, não sendo detectados casos de obstrução da atividade jurisdicional por parte do Poder Executivo.

Os principais obstáculos a uma prática persecutória efetiva em relação aos crimes internacionais, quando não praticados em território nacional, dizem respeito à mentalidade dos operadores do direito, inclusive do próprio Poder Judiciário. Por se tratar de matéria recente, não é comum o interesse e, em alguns casos, não há mesmo conhecimento jurídico, por parte dos operadores do direito, de que é possível a persecução de tais delitos, com base no princípio da jurisdição universal mitigada.

---

<sup>26</sup> Art 1º. “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (Vetado).

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”.

## **G. Projetos de reforma. Valoração jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Projetos de reforma***

No correr do texto foram mencionados alguns projetos de reforma legislativa destinados a adequar o sistema punitivo nacional com vistas à persecução dos chamados crimes internacionais.

A merecer destaque existe o Projeto de Lei n. 6.764/2002, já mencionado, e que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, tipificando, a exemplo, o crime de terrorismo.

Mais importante, entretanto, é o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma.

Visando manter maior fidelidade possível ao Estatuto de Roma, afirmou-se, primeiramente, a necessidade do exercício da jurisdição interna sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, com a expressa previsão da cláusula de jurisdição universal mitigada, ou seja, bastando que o autor esteja em território sujeito à jurisdição brasileira. Foram mantidas as disposições de garantia penal, tais como as de irretroatividade e reserva legal. Optou-se por prever disposições gerais, comuns a todos os tipos penais, ao invés de repeti-las a cada enunciado típico. Acolheu-se a ausência de imunidades. Afastou-se a figura do arrependimento posterior como hipótese de redução de pena. Manteve-se a responsabilidade dos comandantes na hipótese de potencial conhecimento dos fatos perpetrados por seus subordinados.

O Projeto tipifica cada um dos crimes descritos no Estatuto de Roma, adequando-se por vezes a linguagem, para adaptá-la à nossa tradição romano-germânica. Como dito anteriormente, nosso sistema não admite a tipificação penal através de tipos excessivamente abertos, que impedem o conhecimento efetivo da conduta proibida. Assim, deixou de constar, a exemplo, o crime previsto no artigo 7º, alínea g, do Estatuto de Roma, que se refere a outras formas de violência sexual de igual gravidade.

Além de implementar o Estatuto de Roma, a proposta cumpre antigas obrigações internacionais de o Estado brasileiro punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949.

Entre outras peculiaridades do Anteprojeto destaca-se o fato de que, conquanto muitos dos novos tipos penais assemelhem-se a dispositivos já existentes na legislação penal comum e militar, destes se diferenciam na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização. O crime contra a humanidade de tortura (artigo 29), por exemplo, não se confunde com a figura prevista na Lei n.º 9.455/97, pois um de seus elementos é o de que a conduta seja praticada “no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações” (artigo 22). De maneira semelhante, os crimes de guerra exigem o contexto de um conflito armado internacional (artigo 43) ou não-internacional (artigo 44).

Em geral, os princípios e regras da legislação penal e processual penal, comum e militar, são preservados, havendo disciplina específica, tanto para os casos em que o Estatuto de Roma dispõe de maneira diversa, como para manter coerência com o ordenamento jurídico nacional. Além disso, supera os obstáculos de modo a afirmar a primazia da jurisdição interna.

Dentre os aspectos inovadores do Título I, destaca-se a disciplina mais restrita das causas de extinção da punibilidade, com o fim de evitar que crimes deixem de ser julgados pela jurisdição interna, o que ensejaria o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Com isto, atende-se também à norma consuetudinária internacional, que há muito afirma a imprescritibilidade de crimes desta natureza.

O Título II unifica o tratamento do crime de genocídio, ao eliminar as distinções entre a legislação penal comum e militar, inclusive no que concerne à cominação das penas. Suprime-se, assim, a pena de morte para o genocídio praticado por militar em tempo de guerra.

No Título III, são criados novos tipos penais, entre os quais merecem destaque as várias espécies de crimes sexuais, o desaparecimento forçado de pessoas e a segregação racial.

No Título IV, relativo aos crimes de guerra, grande inovação é a definição de conflito armado internacional e não-internacional, de pessoas e bens protegidos e de objetivos militares. Além disto, com os novos tipos penais supre-se lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que satisfazem obrigações internacionais anteriormente assumidas.

No Título V, que prevê crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, há uma inversão do princípio da complementariedade, tendo em vista que nestes casos compete primariamente ao Tribunal Penal Internacional julgar tais crimes.

O Título VI disciplina as várias formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, merecendo destaque o novo instituto da entrega, que não se confunde com a extradição. Estabelece, ainda, regime especial de execução de penas aplicadas pelo Tribunal Penal Internacional

Finalmente, o Título VII contempla normas processuais específicas. O procedimento adotado é o comum ordinário, não se aplicando a limitação quanto ao número de testemunhas e os prazos específicos para a prática de cada ato processual. Fixou-se, outrossim, um prazo máximo de dois anos para a conclusão da instrução, quando o acusado estiver preso cautelarmente.

A competência para julgar tais delitos será do juiz singular, no âmbito da Justiça Federal Comum, e dos Conselhos de Justiça, na Justiça Militar da União, quando se tratar de crime de guerra praticado por militar. Não há previsão de julgamento pelo Tribunal do Júri, apesar de haver crime contra a humanidade de homicídio, crime de guerra de homicídio, e outros cujo resultado é a morte, porque nestes casos o bem jurídico primariamente tutelado é a coletividade humana e não a vida humana individualmente considerada.

Em conclusão, podemos afirmar que o Anteprojeto pretende implementar de forma completa e integral o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, situando a legislação brasileira entre as pioneiras no cumprimento de tal obrigação internacional, e atendendo, simultaneamente, ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

## ***II. Valoração jurídica do déficit do poder punitivo por parte da doutrina e da jurisprudência***

Nos primeiros tópicos deste trabalho já apontamos para o fato de que, em nosso sistema jurídico e jurisdicional, não se admite a persecução penal com base apenas em obrigações assumidas com a ratificação de tratados internacionais, nem igualmente com base no direito internacional consuetudinário.

No artigo 4º da CR vêm previstos os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se regerá nas suas relações internacionais. Vem assim redigida a disposição constitucional:

Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I. independência nacional;
- II. prevalência dos direitos humanos;
- III. autodeterminação dos povos;
- IV. não intervenção;
- V. igualdade entre os Estados;
- VI. defesa da paz;
- VII. solução pacífica dos conflitos;
- VIII. repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX. cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X. concessão de asilo político.

Após o enunciado de direitos fundamentais, previstos em seu artigo 5º, o § 2º deixa expresso que “os direitos e garantias expressos nesta CR não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Portanto, pelo texto constitucional o país se declara obrigado pelos princípios que o regem nas relações internacionais, e por todos os direitos e garantias trazidos pelos tratados internacionais de que seja parte. Tais disposições constitucionais, se não autorizam, por si só, a persecução de crimes internacionais não tipificados na legislação interna, submetem no entanto o legislador, os governantes e o Poder Judiciário a interpretarem as normas de acordo com tais princípios e obrigações, e a atuarem de forma a dar cumprimento a estas obrigações perante a comunidade internacional.

Logo, se não houver possibilidade de julgar o acusado de crimes internacionais, obriga-se o país a entregá-los a julgamento, nas hipóteses em que couber a extradição e, agora, ao Tribunal Penal Internacional.

Por outro lado, a previsão de jurisdição universal vem mitigada em nossa legislação, permitida apenas em casos de genocídio, como previsto no CP, e de tortura, como previsto na Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97) já referidas e transcritas anteriormente. Para os demais casos de crimes previstos em tratados internacionais, aplicam-se as regras da segunda parte do artigo 7º do CP que exigem, para a persecução de crimes praticados fora do território nacional, a concorrência de diversas condições, quais sejam:

- § 2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:
- a) entrar o agente no território nacional;
  - b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
  - c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
  - d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
  - e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Portanto, embora se sujeitando a diversos princípios de ordem constitucional, a prática da persecução penal, baseada em legislação infraconstitucional, é a de submissão à regra da territorialidade, com exceções de extraterritorialidade condicionada e de jurisdição universal mitigada em casos de genocídio e tortura. Vê-se assim que o déficit legislativo, que se espera venha a ser suprido com a promulgação da lei de implementação do Estatuto de Roma, tem limitado o alcance e a aplicação de princípios referentes às obrigações de persecução, julgamento e punição dos crimes internacionais.

Basta lembrar que as Convenções de Genebra de 1949, até hoje não geraram lei interna. Logo, os crimes de guerra nelas previstos não podem sem punidos.

O próprio crime de tortura, previsto em Convenções ratificadas pelo Brasil em 1989 e 1991, somente veio a ser tipificado pela Lei n. 9.455, em 1997.

Em conclusão, pode se afirmar que, em decorrência do déficit legislativo: a) não há processo e julgamento de crimes de guerra; b) o crime de tortura somente passou a ser punido a partir de 1997; c) o país não pune os crimes internacionais previstos no direito internacional positivo ou consuetudinário, já que não se tem conhecimento de casos de exercício de jurisdição universal ou extraterritorial.

### ***III. Debate jurídico-político***

De uma maneira geral os crimes internacionais não são um tema de preocupação das instâncias estatais, partidos políticos, cientistas e ONGs. Embora haja uma preocupação efetiva com medidas de respeito aos direitos humanos, o assunto sempre é tratado muito mais sob a ótica interna ou nacional, do que sobre o enfoque internacional.

Especificamente com relação ao Tribunal Penal Internacional, no início, a questão foi colocada por muitos sob o enfoque do enfraquecimento da Soberania

ou de uma perda de poder do Judiciário nacional. Também houve debates sobre eventuais inconstitucionalidades de dispositivos do Estatuto de Roma, como a previsão de pena de prisão perpétua e a entrega de pessoas à Corte, em face da vedação constitucional de tal modalidade de pena (CR, artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*) e de extradição de nacionais (CR, artigo 5º, inciso LI). No entanto, tais obstáculos já foram superados.

É de se destacar que há muita desinformação e mesmo as instâncias estatais somente agora começam a tomar conhecimento do assunto.

De outro lado, com relação às lacunas legislativas existentes nesta área, bem com a ausência de uma efetiva atuação na persecução penal dos crimes internacionais, têm recebido pouca atenção das instâncias estatais, da sociedade civil e dos estudiosos do direito, ficando o assunto reduzido a um pequeno número de estudiosos interessados pelo tema.

## **H. Outros aspectos especificamente de caráter jurídico internacional**

O principal aspecto da natureza jurídica, relativamente à possibilidade de persecução efetiva dos crimes internacional no Brasil é o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, quem vem sendo exposto ao longo do relatório.

Não é o caso de, neste momento, transcrevermos todo o projeto, até mesmo pela sua extensão. Ao longo do relatório, foram sendo analisadas, topicamente, as principais mudanças que o Anteprojeto irá trazer ao sistema jurídico pátrio, visando torná-lo perfeitamente adequado e integrado às normas do Estatuto de Roma, possibilitando que o Brasil tenha, sempre, condições de exercer primariamente a sua jurisdição no caso de crimes internacionais.

Cabe destacar, ainda, que são tipificados mais de 80 (oitenta) crimes, principalmente, na parte relacionada aos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com figuras até então inexistentes na legislação interna.

### ***I. Valoração pessoal da situação normativa e fática em relação à persecução penal de crimes internacionais no país analisado***

Sem dúvida é intenção do Brasil tornar uma realidade o Estatuto de Roma, tanto que o Governo Federal está elaborando um Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional.<sup>27</sup> Tal Anteprojeto tem o firme propósito de incorporar integralmente o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico

---

<sup>27</sup> Sobre o Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, cf. nota nº 2.

nacional, permitindo que o Brasil sempre tenha condições de exercer, primariamente, a sua jurisdição penal em casos de crimes internacionais.

O país não apresenta restrições legais à punição dos crimes internacionais. O que há é uma ausência deste tipo de atividade por questões culturais, basicamente, por desconhecimento de que, em alguns casos, é possível a punição de crimes internacionais com base no princípio da jurisdição universal. Este desconhecimento, de alguma forma, conduz a um desinteresse sobre o assunto, sendo a proteção dos direitos humanos analisada muito mais sob a ótica interna do que sob um enfoque internacional. Todavia, os esforços legislativos apontam para uma clara e irreversível tendência de se buscar, cada vez mais, a punição dos crimes internacionais pelo Estado brasileiro.

Atualmente, o poder punitivo nacional sobre crimes internacionais decorre apenas de tratados internacionais. O princípio da jurisdição internacional é excepcional no ordenamento jurídico nacional, também não se admitindo a punição aos crimes internacionais com base no costume internacional. Porém, o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, quando se transformar em lei, será um marco no sentido de que o Brasil passará a dispor de instrumentos necessários para a punição dos crimes internacionais, que estarão sujeitos, por força de norma jurídica interna, ao princípio da jurisdição universal.

Há, portanto, um déficit na legislação interna, em face dos instrumentos internacionais de punição dos crimes internacionais, principalmente, em função do desconhecimento do Poder Judiciário, quem mesmo nos poucos casos em que o ordenamento jurídico nacional já admite a jurisdição universal, tem preferido a utilização da extradição, para que a persecução penal corra a cargo de outro Estado. Além disto, falta uma regra geral de jurisdição universal para todos os crimes internacionais, que contudo poderá vir a existir caso o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma transforme-se, efetivamente, em lei.

## **Bibliografia**

### ***Legislação***<sup>28</sup>

Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

Código Penal Militar. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984. Promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991.

---

<sup>28</sup> Sobre a consulta da legislação brasileira, na Internet, cf. nota nº 1.

- Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26 de junho de 1967.
- Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961. Promulgada pelo Decreto 56.435, de 8 de junho de 1965.
- Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, de 1985. Promulgada pelo Decreto 98.286, de 9 de novembro de 1989.
- Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.
- Convenções de Genebra (I a IV) sobre Direito Internacional Humanitário de 1949.
- Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Promulgado pelo Decreto n. 4388, de 25 de setembro de 2002.
- Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio.
- Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Define responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade.
- Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1.979. Concede anistia e dá outras providências.
- Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define crimes de preconceito de raça ou de cor.
- Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.
- Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição da República, e determina outras providências.
- Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências.
- Projeto de Lei n. 6.764, de 2002. Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito.
- Protocolos I e II das Convenções de Genebra de 1977, sobre Direito Internacional Humanitário.

### ***Jurisprudência***<sup>29</sup>

STF, Habeas Corpus n. 70.389-5-SP, Rel. Min. Sydney Sanches e Rel. para o Acórdão Min. Celso de Mello. In *Diário de Justiça da União* de 19.08.1998, p. 35.

### ***Doutrina***

AMBOS, Kai, et al., “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, *Revista Penal*, Salamanca, La Ley, n. 10, pp. 130-160, jul. 2002.

CANEDO, Carlos, *O Crime de Genocídio como Crime Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

---

<sup>29</sup> O inteiro teor do acórdão citado pode ser encontrado na internet, no endereço: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in\\_processo.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp)>.

STEINER, Sylvia, "O crime de tortura e o princípio da reserva legal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais), n. 13, pp. 163-171, jan/mar 1996.

TORNAGHI, Helio, *Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III.

José Luis Guzmán Dalbora

## Chile

### A. Introducción

Para comprender la peculiar situación del ordenamiento jurídico chileno respecto de los delitos que atentan contra bienes supraestatalmente protegidos y, en especial, la posibilidad de perseguir en el país los crímenes previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es necesario hacer un somero repaso de la trayectoria histórica del derecho penal vernáculo en estas materias.

Chile posee uno de los códigos penales más antiguos del mundo. Sancionado en 1874, pertenece a la época llamada *clásica* del derecho punitivo, como demuestran, por lo demás, sus fuentes principales, o sea, el Código Penal español de 1848-1850 y el belga, de 1867.<sup>1</sup> Como fruto de las concepciones políticas y sociales imperantes a la sazón, dio menguadísimo espacio a la tutela del derecho de gentes y sus bienes jurídicos. De hecho, el único delito de su articulado del que puede decirse que ofende intereses de la comunidad internacional es la violación de la inmunidad personal o domiciliaria de representantes de potencias extranjeras,<sup>2</sup> pues incluso la piratería, que en el modelo español figuraba entre los “delitos contra el derecho de gentes”,<sup>3</sup> pasó al texto chileno como uno contra la propiedad,<sup>4</sup> por estimarse, según el anticuado modo

---

<sup>1</sup> “Su dependencia del Código Penal español y las influencias de que a través de él o concomitantemente con él se nutre, su fecha, el ambiente social y político en que se da y los ideales que le inspiran, las finalidades que se propone y hasta su consiguiente factura, adelantan que el Código chileno pertenece al período que con mayor o menor impropiedad suele denominarse clásico, o sea, la etapa más ricamente creadora en la evolución del Derecho penal codificado”. Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991, p. 60.

<sup>2</sup> Artículo 120. “El que violare la inmunidad personal o el domicilio del representante de una potencia extranjera, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo, a menos que tal violación importe un delito que tenga señalada pena mayor, debiendo en tal caso ser considerada aquella como circunstancia agravante”.

<sup>3</sup> Cf. sus artículos 156 a 159.

<sup>4</sup> Artículo 434. “Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”. Esta redacción procede de la ley n° 13.303, de 31 de

de ver de ciertos criminalistas del siglo en cuestión, que “este delito no es por lo general sino una especie de robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra”.<sup>5</sup>

Ninguno de los proyectos de reforma total,<sup>6</sup> que quedaron infructuosos, ni las principales leyes modificativas del Código alteraron esta situación. Tampoco el que el Estado de Chile, desde las postrimerías del siglo XIX, haya venido ratificando toda una serie de tratados internacionales relativos a crímenes de esta índole, según se verá más adelante. De modo que el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aún más escueto el catálogo de aquellos que guardan alguna relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional. Todo lo cual encuentra, además, condigno reflejo en las muy escasas doctrina y jurisprudencia nacionales sobre el particular.

Por otra parte, si bien Chile concurrió a la firma del Estatuto de Roma, el Parlamento no le ha prestado aún su ratificación. El proyecto correspondiente está en proceso legislativo desde el 6 de enero de 1999. Aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de enero de 2002, a la fecha en que escribimos estas cuartillas —octubre de 2002— versa en su segundo trámite constitucional, ante el Senado. Aunque lo ha apoyado en todo momento el Poder Ejecutivo, le ha salido al paso la objeción de que sancionarlo supone realizar antes una reforma constitucional, ya que determinados sectores de la política chilena manifestaron que el Estatuto contiene disposiciones que implican una declinación de la jurisdicción penal del Estado y, con ello, de su soberanía. El reparo adquirió concreta forma jurídica el 4 de marzo de 2002, cuando treinta y cinco diputados<sup>7</sup> formularon ante el Tribunal constitucional un requerimiento, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad del proyecto.<sup>8</sup> El Tribunal —de mayoritaria composición conservadora— dictó fallo el 8 de abril de 2002. Re- cogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes, decidió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución política y que, en

---

marzo de 1959; en su tenor original, y en clara y lamentable concesión al Derecho penal de autor, rezaba: “La pena del artículo anterior [la del robo] se aplicará en todo caso a los piratas”.

<sup>5</sup> *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Con un Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Edeval, Valparaíso, 1974, p. 544.

<sup>6</sup> Han sido cuatro: el Proyecto Erazo-Fontecilla, de 1929; el Proyecto Ortiz-von Bohlen, también de 1929; el proyecto Labatut-Silva, de 1938, y el Proyecto de 1946. Cf. Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica...*, o. cit., pp. 85-107. En el último bienio, un “foro penal”, organizado a iniciativa del Gobierno, ha emprendido un nuevo intento de reforma total, de resultados inciertos.

<sup>7</sup> Todos conservadores, y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990.

<sup>8</sup> Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Cf. Guzmán Dalbora, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 12, Edeval, Valparaíso, 1994, pp. 165-199.

consecuencia, la ratificación del tratado demanda, como aquellos pedían, una reforma de la Carta fundamental.<sup>9</sup>

En estas circunstancias, es fácil comprender que el Estatuto de Roma no haya podido influir en la legislación interna ni cristalizar en ninguna modificación a sus disposiciones. Es verdad y luego comprobaremos que se han introducido en los últimos años al Código Penal determinados crímenes internacionales, y que otros aguardan aún concluir su *iter* en el Parlamento; pero ello no tiene que ver con el Estatuto, sino que obedece al influjo interno de diversos tratados internacionales adoptados por Chile en materia de derechos fundamentales, y a los compromisos que asumió al ratificarlos.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

El 11 de diciembre de 1953 el Estado de Chile ratificó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Sin embargo, no se ha hecho aún la adecuación de la legislación interna, imprescindible para poder perseguir y sancionar semejantes actos.

A este respecto, interesa destacar que no existe ni se reconoce en Chile la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del derecho supraestatal, convencional o consuetudinario. En efecto, si bien el artículo 5°, párrafo segundo, de la Constitución política de 1980, dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales

---

<sup>9</sup> El fallo puede consultarse en el *Boletín* n° 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile. Son dignos de especial atención sus considerandos 31°, 45°, 51°, 55°, 90° y 91°. Allí se estima “correctiva y sustitutiva”, no complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales, la que el Estatuto atribuye a la Corte, cosa que estaría reñida con el texto constitucional, por significar una “transferencia de soberanía”; que el conocimiento de los delitos perpetrados dentro del territorio nacional corresponde exclusivamente a los tribunales del país, y no a autoridades ajenas a la Constitución; “que, en síntesis, el incorporar un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las ‘autoridades que esta Constitución establece’ [...], debe necesariamente ser autorizado por el constituyente...” e “incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”. También se alude a otros rasgos del Estatuto que serían incompatibles con la Constitución, por ejemplo, la posibilidad de que la Corte Penal Internacional desconozca en sus sentencias los “indultos o amnistías previamente concedidos por las autoridades nacionales competentes”. Para una lectura crítica de esta resolución y sus fundamentos, cf. Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 449-466.

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, y aun considerando que el grueso de la doctrina y parte de la jurisprudencia constitucionales estiman que la protección de los derechos fundamentales establecida por los tratados negociados por el Gobierno adquiere jerarquía constitucional desde su ratificación, de forma que a partir de esta la tutela no puede sufrir limitaciones en la legislación ordinaria,<sup>10</sup> debiendo los tribunales del país “aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos”,<sup>11</sup> no es menos cierto que todo delito requiere, por mandato de la propia Constitución,<sup>12</sup> una *lex scripta*. De suerte que la legislación o costumbre internacionales solo pueden ser fuente de prohibiciones, pero no tienen validez bastante como para dar vida a ninguna infracción penal, en tanto en cuanto la ley interna se abstenga de configurarla. Este es un punto *némine discrepante* en el medio penalístico del país, y vale también, en principio, para las reglas especiales que contempla el derecho internacional sobre tales crímenes.<sup>13</sup>

Ha habido un intento concreto de introducir el genocidio en el Código Penal, fruto de una moción presentada al Senado de la República el 5 de octubre de 1992.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> “Los tratados en materia de derechos humanos integran el bloque dogmático de la Constitución”, sostienen enfáticamente Verdugo Marinkovic, Pfeffer Urquiaga y Nogueira Alcalá, *Derecho constitucional*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 130.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>12</sup> Su artículo 19, 3º, párrafo anteúltimo, consagra el principio de legalidad de delitos y penas en estos términos: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Creemos de interés consignar que el párrafo siguiente estampa el principio de tipicidad, o determinación: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en materia de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, mientras no sean ratificados los tratados correspondientes. Un proyecto de ley encaminado a sancionar la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 está en tramitación en el Congreso chileno desde 1994. Sobre el problema nos extendemos en nuestro trabajo “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, t. I (único publicado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. (433-487) 463-465.

<sup>14</sup> Por los senadores del Partido Demócrata Cristiano señores Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Máximo Pacheco Gómez y Mariano Ruiz-Esquide. El texto reza como sigue: “Habida consideración que: (1º) A lo largo de todo el siglo XX se han producido crímenes de lesa humanidad y aberrantes genocidios, hasta la tragedia de Sarajevo y de Somalia en nuestros días; (2º) Que el Gobierno de Chile ha ordenado cumplir como Ley de la República, la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (D.S. 316 de 5 de junio de 1953, publicado en el Diario Oficial de 11 de diciembre de 1953); (3º) Que, a pesar de ello y que el artículo 5º de dicha convención establece que Chile se compromete a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de dicho tratado, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio, nuestra República aún no adecua su derecho penal interno al compromiso contraído internacionalmente: Los Senadores, abajo firmantes, en uso de nuestras prerrogativas constitucionales, venimos en presentar el siguiente: PROYECTO DE LEY: ‘Artículo Primero: Reemplázase el párrafo primero del Título III del Código Penal por el siguiente: ‘De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial’. Artículo Segundo: Reemplázase el artículo 137 del Código Penal por el siguiente:

El Senado aprobó con algunas modificaciones el proyecto en junio de 1993;<sup>15</sup> más tarde, sin embargo, durante la segunda fase del proceso legislativo, ante la Cámara de Diputados, la tramitación se entorpeció; varias veces se propuso el archivo de la iniciativa, la que permanece detenida desde junio de 1998, sin que se divise cuándo podrá verse coronada por el éxito, si es que esto llega a ocurrir.

Cierto es que la falta de un equivalente exacto, en la legislación interna, del genocidio o de cualquier otro crimen internacional <sup>16</sup> no implica que estos hayan de quedar necesariamente impunes. Basta con que los actos que los constituyan puedan ser castigados conforme a algún delito de los que consulta el Código punitivo. Así, aunque este no conoce formal y terminológicamente el genocidio, el caso es que el asesinato, el secuestro, las lesiones, la aplicación de tormentos y demás delitos comu-

---

te: «Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal: 1° Ejecuta alguno de los delitos a que se refieren los artículos 342, 343, 345 [aborto], 349 [abandono de niños], 357 [inducción al abandono del hogar], 391 [homicidio y asesinato], 395 [castración], 396, 397 y 398 [lesiones], en tal caso sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte [pena derogada para el derecho penal común por la ley número 19.734, de 5 de junio de 2001] deberá imponerse la de presidio perpetuo; 2° Someta al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. Esta conducta será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. En la misma pena incurrirán los que lleven a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren medidas que tengan por objeto impedir nacimientos en el seno del grupo o busquen impedir su género de vida o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro». Artículo Tercero: Agréguese el siguiente inciso final al artículo 101 del Código Penal: «tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena son imprescriptibles y tal delito no será considerado para efecto alguno como delito de carácter político»'. Cf. el *Boletín* número 819-07, de la Cámara de Diputados de Chile.

<sup>15</sup> Según el Informe preparado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta, cuyo tenor es éste en la parte medular: “Artículo 1°. Reemplázase el epígrafe del párrafo primero del Título III del Libro II del Código Penal, por el siguiente: ‘1. De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial’. Artículo 2°. Reemplázase el artículo 137 del Código Penal por el siguiente: ‘Artículo 137. Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal: 1°. Ejecuta alguno de los delitos de homicidio, aborto, abandono de niños y de lesiones a que se refieren los artículos 342, 343, 345, 346, 349, 357, 391, 395, 396, 397 y 398. En tal caso, sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte, deberá imponerse la de presidio perpetuo; 2°. Somete al grupo o a parte importante de él a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud; 3°. Lleva a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de parte importante de él, adopta medidas que tengan por objeto afectar la capacidad de reproducción de sus individuos en el seno del grupo, o bien traslada individuos por la fuerza de un grupo a otro. Las conductas descritas en los números 2° y 3°, serán castigadas con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados’. Artículo 3°. Agréganse los siguientes incisos al artículo 101 del Código Penal: ‘Tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena, en los casos a que se refiere el N° 1° del artículo 137, son imprescriptibles. En ningún caso el delito de genocidio será considerado como delito de carácter político’”.

<sup>16</sup> No todos, sin embargo. Por ejemplo, falta en Chile un tipo específico para castigar el plagio civil, o sea, la reducción de una persona a la condición de esclavo o a situaciones análogas a la servidumbre.

nes comprendidos en el concepto de aquel pueden perfectamente caer bajo pena.<sup>17</sup> El problema radica en que la carencia de tipos *ad hoc* puede determinar que el contenido de injusto de esos crímenes no quede suficientemente reprobado con la sola aplicación de las disposiciones sobre el asesinato, secuestro, etc.

Estas insuficiencias quedaron de manifiesto hace ya bastantes años, durante el proceso de extradición pasiva seguido contra el en su hora alto funcionario de la Oficina Central de Seguridad del antiguo Reich alemán y diseñador del mecanismo de asfixia colectiva de judíos mediante la inhalación de monóxido de carbono expelido por motores de combustión interna, Walther Rauff, cuya entrega a la República Federal de Alemania fue negada por la Corte Suprema en abril de 1963, a raíz de que los delitos que se imputaba al *extraditurus* —nada menos que noventa y siete mil asesinatos—, en opinión del alto tribunal, estaban prescritos conforme a la legislación del Estado requerido. Fue la clamorosa “impunidad de un nazi”,<sup>18</sup> posibilitada por los defectos de la legislación interna en estas materias, así como por la manera rutinaria y burocrática con que el supremo tribunal abordó la cuestión del carácter imprescriptible del genocidio en el derecho internacional.<sup>19</sup>

## II. Crímenes contra la humanidad

De suyo insatisfactoria en lo que concierne al genocidio, la situación es aún menos halagüeña de cara a los crímenes contra la humanidad.

El Código Penal conoce el delito de tortura, que fue profundamente modificado y ampliado mediante una reforma de 1998, a raíz de la ratificación por Chile, el 26 de noviembre de 1988, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984.<sup>20</sup> A pesar de que los actuales artículos 150 A y 150 B<sup>21</sup> configuran de una manera adecuada el delito y abarcan todas las formas de

<sup>17</sup> Cf., por todos, Politoff Lifschitz, *Derecho penal* (1 vol. publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997, p. 152.

<sup>18</sup> Cf. “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en Novoa Monreal, *Grandes procesos*, Bat, Santiago de Chile, 1988, pp. 58-105.

<sup>19</sup> Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 111 y ss., y Guzmán Dalbora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en o. y vol. cits., p. 465.

<sup>20</sup> No deja de ser curioso y una amarga ironía que la ratificación se deba al régimen militar a que antes hemos aludido, cuyo generoso, sistemático empleo del tormento como medio de persecución, sometimiento y terror políticos es un hecho sobradamente conocido y fue repetida y rotundamente condenado por la comunidad de naciones.

<sup>21</sup> Artículo 150 A. “El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo [de quinientos cuarenta y un días a cinco años] y la accesoria correspondiente. = Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello. = Si mediante

ejecutarlo y de participar en él, no aparece en los tipos la exigencia del artículo 7°, párrafo primero, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o sea, que el acto se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. El Código regula la tortura como uno de los “delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, y, de hecho, la doctrina ha entendido tradicionalmente que su objeto jurídico es, ante todo, la libertad y seguridad individuales del atormentado.<sup>22</sup> De forma que, si puede resultar discutible que la tortura revista en Chile el carácter de un genuino crimen internacional, es a nuestro entender seguro que no constituye un crimen de lesa humanidad, al menos según la caracterización que imprime a estos el Estatuto de Roma, y aun cuando el contenido del tipo coincida en general con la definición de la tortura del número 2, letra e, del mencionado artículo 7°. Algo parecido cabe predicar de la trata de personas, que luce desde hace pocos años en el Código como un delito contra la libertad sexual.<sup>23</sup> Ya hemos dicho que el plagio civil resulta atípico en Chile; y las detenciones ilegales cometidas por empleado público facultado para arrestar, detener o desterrar a una persona, que no responden al esquema rector de la desaparición forzada de individuos, inexplicablemente reciben en el Código una pena sensiblemente menor que la del secuestro.<sup>24</sup>

---

alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo [de tres años y un día a diez años] y la accesoria correspondiente. = Si de la realización de las conductas descritas en este párrafo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio [de cinco años y un día a quince años] y de inhabilitación absoluta perpetua”. Artículo 150 B. “Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas: 1°. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero; 2°. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y 3°. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A. = En todos estos casos se impondrán, además, las penas accesorias que correspondan”.

<sup>22</sup> Así, últimamente, Matus Acuña y Ramírez Guzmán: “El delito de torturas [...] es también un atentado a la seguridad individual como presupuesto de la libertad, pues no se trata de castigar aquí las lesiones ni los malos tratos que se causan *per se*, sino que se castiga el empleo de violencias que causan o constituyen esos atentados contra la persona, como medio de quebrantar su voluntad de no declarar ante la autoridad gubernativa o judicial, en el caso más grave, o como medio de *disciplinar ilegalmente* al detenido, en el menos grave”. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Prólogo del Prof. Sergio Politoff Lifschitz, Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002, p. 57.

<sup>23</sup> Cf., *infra*, G, 1, texto y nota 97.

<sup>24</sup> El artículo 148 castiga con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años de privación de la libertad) y suspensión del empleo, a “todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrar, arrestare o detuviere a una persona”, en circunstancias que el secuestro, en el artículo 141, tiene señalada la pena de presidio o reclusión menores en su grado

En síntesis, cabe afirmar que los delitos contra la humanidad son enteramente ajenos, como tales crímenes internacionales, al ordenamiento chileno, y que los tipos y penas correspondientes del derecho penal común sólo captan y desvaloran una parte exigua de su contenido antijurídico.

### III. Crímenes de guerra

El Estado de Chile exhibe una vieja tradición de cooperar con los convenios y tratados internacionales más importantes que conciernen a la guerra y adherir a ellos, según una línea que se remonta al siglo XIX. Entre estos, merecen ser destacados la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864, relativa al mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, ratificada por Chile en 1879; las Convenciones de La Haya de 29 de junio de 1899, sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre y marítima, ratificadas en 1908; el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906, para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos beligerantes, ratificado en 1909; el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925, concerniente a la prohibición de emplear en la guerra gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos, ratificado en 1935; la Convención de Berna de 27 de julio de 1929, relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra, ratificada en 1933; la Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929, para el mejoramiento de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, ratificada en 1934, y, por cierto, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ratificados el 5 de diciembre de 1950, es decir, apenas un año después de que fueron acordados en el plano internacional.<sup>25</sup>

Ahora bien, la promulgación del Código Penal data de 1874, esto es, un lustro antes del inicio y desenvolvimiento del más importante conflicto bélico de carácter internacional que ha enfrentado Chile en su historia como país autónomo dentro del concierto de las naciones: la Guerra del Pacífico (1879-1884), en que las armas chilenas vencieron a una confederación formada por Perú y Bolivia.<sup>26</sup> Esto, asociado con

---

máximo (de tres años y un día a cinco años). En numerosos procesos seguidos contra militares y otros colaboradores del gobierno del general Augusto Pinochet Ugarte, en los casos denominados de detenidos-desaparecidos, la defensa de los acusados solicitó la aplicación del artículo 148. El más sonado e importante de tales casos fue el de la llamada *Caravana de la muerte*, en actual tramitación, que remató en el desafuero de Pinochet y el procesamiento de varios altos oficiales del Ejército. Acerca de este proceso y sus pormenores jurídicos, políticos e internacionales, Serrano Maíllo, *Prensa, derecho y poder político. El caso Pinochet en España*. Dykinson, Madrid, 2002, cf. pp. 289-314; y de la *Caravana de la muerte*, en general, Patricia Verdugo, *Los zarpazos del puma. La Caravana de la muerte, Chile-América CESOC*, Santiago de Chile, 2001.

<sup>25</sup> Cf. Astrosa Herrera, *Derecho penal militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1974, pp. 209-210 (nota 1).

<sup>26</sup> Prescindimos, naturalmente, de las guerras libradas durante la época de la independencia política respecto de España (1814-1818), que, sin embargo, hallaron una nueva y tardía manifestación en la sexta década de la centuria decimonónica, con el bombardeo y la casi total destrucción resultante de la ciudad portuaria de Valparaíso, el 31 de marzo 1866, por la armada española. El tratado de paz con

el desarrollo a la sazón incipiente del derecho internacional particular, o convencional, relativo a la guerra, explica que en el cuerpo punitivo no haya plasmado crimen alguno sobre tales cuestiones.

La materia quedaría reservada al Código de Justicia Militar, aprobado por el decreto-ley número 806, de 23 de diciembre de 1925, que es la ley penal militar del país y que permanece en vigor, con múltiples modificaciones, hasta nuestros días. Así y todo, la lista de crímenes de guerra que contempla este Código no es tan vasta como la vigente en el plano supraestatal, siquiera la estructura y contenido típicos de las figuras se ajusta, en general, a los tratados ratificados por Chile hasta mediados del siglo XX, particularmente los Convenios de Ginebra de 1949. Las disposiciones que vienen al caso son:

- a) Artículo 261, que castiga con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados (o sea, de sesenta y un días a cinco años de privación de la libertad)<sup>27</sup> al que:
  - 1°. “Obligue a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltrate de obra, los injurie gravemente, o los prive del alimento indispensable o de la asistencia médica necesaria”; delito que guarda cierta correspondencia con los del artículo 8°, número 2, letras *a*, *V*, y *b*, XXI, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;
  - 2°. “Contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte”; delito en parte coincidente con los del artículo 8°, número 2, letra *b*, IX y XXIV, del Estatuto de la Corte Penal Internacional;
  - 3°. “Contraviniendo también las instrucciones recibidas y sin exigirlo las operaciones de la guerra, destruyere vías de comunicación, telegráficas o de otra clase”.
- b) Artículo 263, que castiga con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados (de cinco años y un día a veinte años de privación de la libertad) al que:
  - 1°. “Despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos”. Aquí la pena puede elevarse hasta la de pre-

---

España se firmó en Lima, el 20 de octubre de 1883, en plena Guerra del Pacífico, mientras las tropas chilenas ocupaban la capital del Perú.

<sup>27</sup> El Código en palabra conoce dos clases de penas: comunes y militares. Cuál deba aplicarse a los delitos que regula, depende de la naturaleza jurídica de estos (artículo 215). Sin embargo, las penas de presidio y reclusión previstas para los crímenes de guerra “se gradúan y tienen la misma duración que sus análogas de la ley común” (artículo 218), o sea, con arreglo a los artículos 21, 25 y 56 del Código Penal.

sidio perpetuo, si “al despojar al herido le causare otras lesiones o le agravase notablemente su estado, poniendo en peligro su vida o causándole su pérdida”,<sup>28</sup>

2°. “Por crueldad y fuera del caso de legítima defensa, cometa violencias innecesarias contra un militar herido o enfermo”.<sup>29</sup> Ambas hipótesis guardan lejana relación con lo establecido en el artículo 8°, número 2, letra *b*, XIII, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- c) Artículo 264, que castiga con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años de privación de la libertad), al que “en tiempo de guerra y en la zona de operaciones de una fuerza en campaña use sin derecho las insignias, banderas o emblemas de la Cruz Roja”; delito de alcance mucho más circunscrito que el del artículo 8°, número 2, letra *b*, VII, del Estatuto.

Si las infracciones anteriores representan delitos comunes, en el sentido de que pueden tener como sujeto activo lo mismo a un militar que a un civil, es, en cambio, delito propio de militares el del artículo 262 del Código, que viene a ser el último de los que contempla en el tema que nos ocupa. El tipo alude a “los militares que, faltando a la obediencia que deben a sus jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los territorios en que operen o cometan otros actos de violencia grave en las personas”, a los que se sanciona con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo (de diez años y un día a veinte años de privación de la libertad), que se agrava respecto de “los promotores” y los “de mayor empleo”, y llega incluso a la capital “si del delito hubiere resultado la muerte de alguna persona”.<sup>30</sup> Véase, al respecto, el artículo 8°, número 2, letras *a*, III y IV, y *b*, XIII y XVI, del Estatuto.

---

<sup>28</sup> Pensamos que la agravación constituye un *delito calificado por el resultado*, de los que hay muchos y lamentables ejemplos en el derecho penal chileno, tanto común como especial.

<sup>29</sup> El concepto de *crueldad*, palabra que, gramaticalmente, denota en castellano inhumanidad, fiereza en el ánimo, impiedad o, lo que es igual, deleitarse en hacer sufrir o permanecer indiferente ante el dolor irrogado a otro, no es de uso frecuente en la legislación chilena, poco proclive como es a acuñar sus delitos con elementos subjetivos relativos al sentimiento o reveladores de una determinada disposición interna. Hemos estudiado menudamente el alcance de esta expresión en nuestro artículo “El delito de maltrato de animales”, preparado para el *Libro de homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, de próxima aparición en España.

<sup>30</sup> *Supra*, nota 14, hemos dejado constancia de que la ley n° 19.734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena de muerte del derecho penal común. Sin embargo, ha quedado vigente para ciertos delitos del Código de Justicia Militar cometidos en tiempo de guerra, uno de cuyos ejemplos es el que transcribimos en el texto. La ley en cuestión tampoco distinguió “entre una guerra exterior y una guerra interna”, a pesar de “que la reciente y penosa experiencia histórica habría justificado limitar tal excepción a la primera”. Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña, “De las penas en general”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cit., p. (263-321) 275.

A la pregunta de si estos crímenes suponen necesariamente un conflicto armado internacional, el derecho interno responde que no. El artículo 418 del Código de Justicia Militar contiene una interpretación auténtica contextual de lo que para los efectos de sus disposiciones —incluidas, por cierto, aquellas que describen crímenes de guerra— debe considerarse como estado de guerra o tiempo de guerra. La cláusula expresa que se entiende que estos existen o se dan “no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”. La referencia al estado de sitio, que es un estado de excepción constitucional que decreta el presidente de la República, con acuerdo del Congreso, precisamente “en caso de guerra interna o conmoción interior” (artículo 40, número 2°, de la Constitución política de 1980), lleva a pensar a la doctrina que la situación de guerra dentro de la cual pueden cometerse los mencionados crímenes abarca tanto los conflictos externos como la guerra interna.<sup>31</sup>

Los crímenes de guerra no han encontrado una aplicación directa en la jurisprudencia, ora por la falta de conflictos armados entre Chile y otros países durante el siglo XX, ora porque en la mayoría de los estados de sitio decretados a partir de 1926, año en que entró a regir el Código de Justicia Militar, se estimó que el país no versaba en un genuino estado de guerra civil. Tampoco representa una excepción a esto último el decreto-ley número 5, de 22 de septiembre de 1973, con el cual la Junta de Gobierno que imperaba entonces declaró que el estado de sitio dispuesto por el anterior decreto-ley número 3, de 18 de septiembre del mismo año, debía entenderse como estado o tiempo de guerra. El propósito de estas sedicentes normas jurídicas fue, según es harto sabido en el medio nacional, dar paso a la competencia de los tribunales militares previstos para tiempos de guerra (los consejos de guerra, principalmente)<sup>32</sup> y perseguir con sus sumarísimos procedimientos a quienes el régimen castrense percibía como sus enemigos políticos. Esto explica que durante muchos años la Corte Suprema de Justicia haya declinado aplicar las normas internas e internacionales que regulan y limitan las guerras civiles, por entender que el estado de beligerancia al que aludía el artículo 1° del decreto-ley número 5 tenía un carácter ficticio, o sea, que no constituía una verdadera guerra entre bandos armados y contrapuestos de la sociedad chilena.<sup>33</sup>

Sin embargo, en tiempos más recientes la jurisprudencia muestra una interesante evolución en el específico problema de la aplicabilidad interna de las normas del derecho internacional que consagran la obligación indeclinable de los Estados en or-

---

<sup>31</sup> Astrosa Herrera, o. y ed. cit., cf. pp. 46 y 51.

<sup>32</sup> Según el artículo 71 del Código de Justicia Militar, en tiempos de guerra la jurisdicción castrense es ejercida por los generales en jefe o ciertos comandantes de plaza, divisiones o cuerpos, por los fiscales y los consejos de guerra y auditores. El artículo 72 extiende esta jurisdicción al territorio declarado en estado de sitio, o sea, a la guerra interna.

<sup>33</sup> Véase, por todas, la sentencia de la Corte Suprema de 11 de marzo de 1998, publicada en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n° 213, p. 155.

den a castigar los crímenes de guerra, vedando a estos el empleo de todo recurso jurídico que pudiese comportar una limitación del *ius puniendi* y la consiguiente irresponsabilidad de los culpables. No se trata, en rigor, de una doctrina acerca de la validez de la ley chilena sobre crímenes internacionales perpetrados dentro o fuera del país, materia sobre la cual la jurisprudencia es demasiado escasa como para establecer una tendencia u orientación,<sup>34</sup> sino de ciertos fallos que empiezan a consolidar el criterio de que, una vez incorporados al ordenamiento constitucional chileno merced a su ratificación, de ciertos tratados puede fluir la prohibición para el legislador del uso de medios jurídicos que comporten la impunidad de las más graves ofensas contra derechos fundamentales del individuo, al menos cuando fueren cometidas en el territorio nacional.

Es lo que ha ocurrido con el cuestionado decreto-ley 2.191, de 19 de abril de 1978, cuyo artículo 1° concedió amnistía a “todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”. Como se sabe, si bien la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (en vigor en Chile desde el 29 de abril de 1989), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994,<sup>35</sup> no formulan una declaración expresa al respecto, en sus normas late la inequívoca voluntad de que las obligaciones que consagran y los actos que interdicen escapan a la potestad de amnistiar, tanto por el compromiso de los Estados ratificantes de adoptar las medidas necesarias para que esos ilícitos no queden sin castigo, cuanto por la explícita indicación de que no pueden ser considerados como delitos políticos y de que tampoco es factible invocar circunstancias excepcionales (de guerra, inestabilidad política u otra emergencia pública) para cohonestar su perpetración. La jurisprudencia ha debido sopesar este problema, esto es, la validez y aplicabilidad del decreto-ley 2.191, a propósito, precisamente, de la vigencia de las disposiciones sobre protección de civiles y trato de prisioneros en tiempo de guerra, establecidas por los Convenios de Ginebra, durante el estado de excepción ordenado por el decreto-ley número 5, y los secuestros, asesinatos y torturas perpetrados contra sus adversarios políticos

---

<sup>34</sup> Semejante, Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., t. I, 1987, p. 31. Tal jurisprudencia se ha dado solo en algún caso de extradición pasiva, como el de Walther Rauff.

<sup>35</sup> No ratificada por Chile hasta la fecha.

por el régimen militar durante los primeros años de su gobierno (los casos llamados de detenidos-desaparecidos).

Como se dijo, tras una larga cohorte de fallos que las reputaron inaplicables, basándose en un pseudo carácter ficticio del estado de guerra interna, la Corte Suprema, en su sentencia de 9 de septiembre de 1998, las declaró válidas en la época de los hechos, puntualizando: “el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas; quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores [...] En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido, en especial si se tiene presente que [...] los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”.<sup>36</sup>

#### ***IV. Crimen de agresión***

No hay traza de él en el derecho interno.

#### ***V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional***

No los hay.

### **C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

#### ***I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional***

##### ***1. El principio general y sus excepciones***

En materia de derecho penal internacional, o sea, de validez espacial de las leyes punitivas, el ordenamiento chileno, a semejanza de la mayoría de los del mundo contemporáneo, está regido por el *principio territorial*.

Conságralo el Código Penal en su artículo 5°: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”, y lo complementa, en la dimensión negativa del principio, el artículo 6°: “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la

---

<sup>36</sup> Cf. *Gaceta Jurídica*, cit., n° 219, p. 122, y Guzmán Dalbora, *De la extinción de la responsabilidad penal*, o. y vol. cit., pp. 451-452.

República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.<sup>37</sup>

Sumamente parco el Código en sus disposiciones sobre la materia, ha sido otro cuerpo legal, el Código Orgánico de Tribunales, de 1943,<sup>38</sup> el que debió ocuparse de darle más acabado tratamiento, particularmente en lo que se refiere a los crímenes y simples delitos perpetrados en el extranjero y a los que, sin embargo, resulta aplicable la ley penal del país. Los casos de extraterritorialidad se contemplan en su artículo 6°. <sup>39</sup> De ellos, varios aparecen inspirados en los principios *personal* <sup>40</sup> o *real*,<sup>41</sup> y algún otro<sup>42</sup> ha sido interpretado, bien como una combinación de la *personalidad activa y pasiva*,<sup>43</sup> ya como un supuesto de *derecho penal por representación*.<sup>44</sup> Es en todo caso evidente que en ninguna de estas hipótesis de extraterritorialidad entran en consideración genuinos crímenes internacionales.

<sup>37</sup> Considérese que rige en Chile la clasificación tripartita de las infracciones delictuosas (crímenes, simples delitos y faltas), conforme a los artículos 3°, 4° y 21 del propio Código. Como quiera que el artículo 6° alude a crímenes y simples delitos, sin mencionar las contravenciones, resulta que “el legislador no contempla, en caso alguno, sanción para las faltas que se cometan fuera del territorio de la República”. Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, 2 vols., Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1985, t. I, p. 260.

<sup>38</sup> Este Código posee índole procesal. Trata de la organización y las atribuciones de los tribunales de Justicia, y de sus órganos auxiliares.

<sup>39</sup> “Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican...” Hay, adicionalmente, otros casos de aplicación extraterritorial, contemplados en leyes especiales, como se verá más adelante.

<sup>40</sup> Según el número 3° del mencionado artículo, son los crímenes o simples delitos que atentan “contra la soberanía o seguridad del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados...”. Como un ejemplo de personalidad activa lo explica Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, vol. y ed. cit., cf. p. 171. Con todo, el punto ha sido objeto de discusiones, y no son pocos los autores que asocian este supuesto al principio real. Así, Etcheberry, *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., 1997, t. I, cf. p. 124.

<sup>41</sup> Son, “los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones” (número 1°), “la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República” (número 2°), “la falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República” (número 5°), además de ciertos delitos contenidos en el ya nombrado Código de Justicia Militar, es decir, los perpetrados por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones de servicio, y los que atentan contra la seguridad o la soberanía del Estado, cometidos por militares o bien por civiles y militares conjuntamente. Cf. Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cit., p. 75.

<sup>42</sup> El del número 6° del propio artículo, que habla de los delitos “cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró”.

<sup>43</sup> Así, Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*, 2 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1992, t. I, cf. pp. 194-195.

<sup>44</sup> En este sentido, Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, vol. y ed. cit., cf. p. 173.

He aquí, empero, que, en homenaje al principio *universal*,<sup>45</sup> la ley penal del país se aplica, también, doquier sean cometidos, a la piratería y a los delitos “comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias” (números 7° y 8°, respectivamente, del citado artículo 6°). En otras palabras, a pesar de que la legislación chilena *no* conoce una disposición que indique *expressis verbis* un catálogo de delitos internacionales a los que resulte aplicable el derecho interno (con la única excepción de la piratería),<sup>46</sup> es indiscutible y, de hecho, no se discute que, “al obligarse Chile por tratados internacionales, a aprehender y juzgar a los que fuera del territorio cometan un delito contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos [...], ello tiene como consecuencia que si, por cualquier razón, los que aparezcan como responsables de alguno de tales delitos se hallaren en nuestro territorio, los tribunales chilenos tendrían jurisdicción para perseguirlos y castigarlos conforme a los preceptos de la legislación nacional”.<sup>47</sup> Es más: aun cuando se trate de delitos internacionales que no tengan un equivalente preciso en el derecho interno, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, “no podría excusarse el juez de incriminar por falta de *lex certa*”, en la medida en que los actos que los constituyan sean punibles conforme a los tipos comunes del ordenamiento de la República, pues lo único “decisivo es que el tratado internacional obligue a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras, y no únicamente a tipificarlo en la legislación interna”.<sup>48</sup> Un buen ejemplo de la recepción, por la vía del tratado, de delitos internacionales a los que puede aplicarse la ley del país en virtud del principio universal, es el que ofrece el artículo 308 del Código de Derecho Internacional Privado: “La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales”.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Según una interpretación unánime en la doctrina chilena. Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cites., cf. pp. 149 y ss.

<sup>46</sup> Aunque no es propiamente un crimen internacional, sino un delito de trascendencia internacional y peligro cosmopolita, habría que añadir, también, el tráfico ilícito de estupefacientes (y las figuras delictuosas afines), el que, de acuerdo con los artículos 55 de la ley 19.366, de 30 de enero de 1995, sobre estupefacientes, y 6° del Código orgánico de Tribunales, si es perpetrado en el extranjero, puede ser juzgado por los tribunales chilenos siempre que ponga en peligro la salud de habitantes de la República.

<sup>47</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cites., pp. 150-151.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 152, y Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cites., cf. pp. 75-76.

<sup>49</sup> El Código de Derecho internacional privado, o Código de Bustamante, no es sino un tratado multilateral acordado por un crecido número de países americanos en la ciudad de La Habana (Cuba), el 20 de febrero de 1928, al que el Estado de Chile dio su ratificación el 14 de junio de 1933.

El principio universal es, pues, el *único* determinante de la competencia de la ley penal nacional en materia de crímenes internacionales, siquiera haya de observarse que el principio territorial tampoco deja de tener alguna incidencia en la cuestión y de reobrar sobre aquel, ya que es *communis opinio* en el país, la de que constituye presupuesto insalvable de la aplicación del derecho penal chileno a tales casos, que el culpable se encuentre en Chile.<sup>50</sup>

Ahora bien, abstracción hecha de la piratería, para la que el Código Penal conoce un tipo delictivo desde 1874, la aplicación del derecho interno a los restantes casos en que interviene el principio universal está subordinada al cumplimiento de dos exigencias, a saber: la ratificación de los tratados respectivos, en la medida en que estos obliguen al Estado chileno a perseguir el crimen internacional de que se trate sin importar el lugar de su comisión, y, en segundo lugar, que la legislación del país describa la figura delictuosa correspondiente a la prohibición jurídica internacional, tal como se ha expuesto varias veces a lo largo de este informe.

## 2. Principios vigentes para los crímenes de guerra

Una posición particular ocupan los crímenes de guerra, esto es, los únicos delitos del Estatuto de Roma que hallan una traducción más o menos completa y directa en el derecho interno.

Hay que recordar que están regulados en la ley penal militar, la que, por su parte, contiene sus propias disposiciones en lo que hace al ámbito espacial de validez. Por lo mismo, y como regla general, rige también para estos crímenes el principio territorial, puesto que, según el tenor del artículo 3° del Código de Justicia Militar, los tribunales castrenses tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para conocer de todos los delitos de su competencia que ocurran dentro del territorio nacional; y para el caso de que sobrevengan fuera de sus fronteras, solo cuando ello tuviese lugar “dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas” o cuando se trate de “delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio”.<sup>51</sup>

Con todo, es preciso recordar que Chile ha ratificado los Convenios de Ginebra de 1949, y que en ellos se prevé el principio universal en lo que hace a estos críme-

---

<sup>50</sup> Lo que vale, también, para *todos* los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal chilena y es deducido pacíficamente por la doctrina de la disposición, ya transcrita, del artículo 6, número 6°, del Código Orgánico de Tribunales. Cf., por todos, Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1975, p. 166.

<sup>51</sup> Estos dos casos de extraterritorialidad han merecido en Chile interpretaciones contrapuestas. El primero, o sea, la comisión del delito militar en un territorio extranjero ocupado por fuerzas armadas chilenas, se entiende como una hipótesis de extensión ficta del territorio nacional (cf. Astrosa Herrera, o. y ed. cit., pp. 69-70); y el segundo, el de delitos propiamente militares, puede considerarse como una situación combinada de los principios de personalidad activa y real. Cf., *supra*, texto y nota 41.

nes.<sup>52</sup> De lo que se sigue, según nuestra opinión, que las limitaciones que para la aplicación extraterritorial de la legislación penal castrense establece el Código de Justicia Militar *no* imperan sobre los crímenes de guerra que el mismo Código contempla, pues, como se apuntó, los tratados internacionales que hacen a la salvaguardia de los derechos fundamentales del hombre poseen en Chile jerarquía constitucional y, de suyo, prevalecen respecto de la legislación interna. En síntesis, el tratado fundamenta la vigencia del principio universal en punto a los crímenes de guerra, siendo para estos efectos irrelevante el hecho de que el Estatuto de Roma no esté aún ratificado por Chile. Adviértase, sin embargo, de nuevo, que el culpable debe encontrarse físicamente en el país, pues este es un requisito insoslayable para la aplicación del derecho interno.

### 3. *Naturaleza jurídica de las disposiciones sobre la validez espacial de la ley penal chilena*

Pese a que las reglas fundamentales sobre la validez extraterritorial de la ley penal están contenidas en un texto de carácter procesal, el antes nombrado Código Orgánico de Tribunales, cabe pensar que son normas que pertenecen al derecho penal material, y de ahí que, a diferencia de las normas procesales propiamente dichas, queden sujetas al principio de la extractividad de la ley penal más benigna, porque condicionan las posibilidades (espaciales) de aplicación del *ius puniendi* y solo indirectamente refluyen sobre la competencia de los tribunales y los procedimientos que deben seguir los órganos de la persecución penal.

No obstante, la presencia del inculpado dentro del territorio de la república es un requisito imprescindible para juzgarlo por los delitos que hubiere cometido en el extranjero, conforme hemos manifestado *supra*,<sup>53</sup> sea que resida voluntariamente en el país o que se haya obtenido su entrega forzosa merced a la extradición. Por lo demás, el artículo 308 del Código de Derecho Internacional Privado, vinculante para el país y que “consagró el principio de la solidaridad internacional en la lucha contra el delito”,<sup>54</sup> dispone que “estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional” —es el caso, precisamente, de los crímenes de guerra, en virtud de los Convenios de Ginebra.

---

<sup>52</sup> Cf. Simon, “Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung (ed.), Buenos Aires, 2001, pp. 41-42.

<sup>53</sup> Cf. texto y nota 50.

<sup>54</sup> Fontecilla Riquelme, *Tratado de derecho procesal penal* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2ª ed., 1978, p. 325.

## II. *Obligación de la persecución o discrecionalidad de la persecución*

Los crímenes de guerra y demás delitos internaciones reconocidos por la legislación chilena engendran acción penal pública, de obligatorio ejercicio para los órganos competentes. Reina sobre ellos, pues, el principio de la legalidad de la persecución penal. Es que según el artículo 53 del Código Procesal Penal, “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público”, y como quiera que no hay reglas especiales sobre este punto en el Código de Justicia Militar, resulta que de los delitos que describe, incluidos los crímenes de guerra, nace siempre una acción pública.<sup>55</sup>

Desde la aprobación del Código Procesal Penal, en el año 2000, se admite en Chile el principio de oportunidad, consagrado en su artículo 170, que faculta a los fiscales del ministerio público para “no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un empleado público en el ejercicio de sus funciones”. Pues bien, el incuestionable interés colectivo en la persecución de los crímenes de guerra, la gravedad de sus penas y las diferencias del proceso penal militar respecto del común, nos parece que hacen inconcebible que el ministerio público castrense pueda echar mano del principio de oportunidad e impedir la persecución de dichos crímenes.

### D. **Presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena**

#### I. *Presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma*

Dado que los crímenes de guerra están regulados por el Código de Justicia Militar, se subordinan también, en lo que respecta a los presupuestos y accidentes de la responsabilidad criminal, a lo que el mismo Código dispone al efecto.

Sin embargo, es una acusada peculiaridad del derecho penal militar de Chile el que se configure como un genuino ordenamiento penal especial, por demás bastante completo. En efecto, su artículo 205 hace aplicables a los delitos militares las disposiciones generales del libro I del Código Penal, en cuanto no se opongan a las contenidas en él. De lo que se sigue que los delitos militares reposan, en principio, sobre los mismos fundamentos de los comunes. Y así:

1. Los crímenes de guerra requieren *dolo*. La posibilidad del *dolo eventual*, como en los delitos comunes, depende de que las figuras respectivas carezcan de elementos subjetivos del tipo o de lo injusto, expresados mediante

---

<sup>55</sup> El artículo 133 de dicho Código prescribe que “el sumario se seguirá exclusivamente de oficio y, por lo tanto, no se admitirá querellante particular en estos juicios”.

sustantivos, formas adverbiales o adjetivaciones cuyo fin es “exigir la concurrencia de malicia, de dolo, de intención, de voluntad, de conocimiento de determinados hechos, de ánimo de lucro, de saber, etc.”,<sup>56</sup> porque la regla general es que, exceptuados tales casos, los delitos admiten en Chile todas las especies de dolo. Por tanto, cabe el eventual en los artículos 261, 1° y 3°, 262, inciso primero, y 264 del Código de Justicia Militar, mas no en el número 2° del artículo 261 (“maliciosamente”) y 263 (“para apropiárselo” y “por crueldad”). Hay dos deplorables cualificaciones por el resultado, en el párrafo segundo de los artículos 262 y 263, cuando hubiere resultado o se hubiese causado la muerte de las personas que allí se indica.<sup>57</sup>

2. No tiene plaza la ejecución culposa de estos delitos, porque el régimen de la culpa en el ordenamiento chileno es el del *numerus clausus* (artículos 4° y 10, número 13°, del Código Penal); la falta de previsión expresa de la forma culposa representa en el país una situación de atipicidad.<sup>58</sup>
3. Ni el Código Penal ni el de justicia militar regulan explícitamente las clases, los requisitos y los efectos del *error*, como tampoco definen el dolo. Pero la doctrina no ha hallado inconvenientes para reconstruir la doctrina del error a partir de un plexo de disposiciones del primero.<sup>59</sup> Aceptada ya por la mayoría de los penalistas chilenos la distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición*, digamos que también en los crímenes de guerra son factibles, en línea de máxima, entrambas especies. Existe una regla especial para el personal de los cuerpos armados. El artículo 207 del Código de Justicia Militar, tras considerar la ignorancia de los deberes del ramo como atenuante de la responsabilidad penal en el caso de los uniformados con menos de dos meses de servicio en las armas, o como eximente, siempre que el desconocimiento “fuere excusable, atendido su nivel de instrucción y demás circunstancias”, excluye terminantemente de la exención a los oficiales, para quienes la ignorancia o el conocimiento inexacto de las específicas obligaciones del cargo no puede constituir fundamento de una excusa. Como, empero, los crímenes de guerra no están amenazados con penas militares ni son delitos genuinamente castrenses, la regla del artículo en cuestión no los afecta; puede darse a su respecto, pues, el error de prohibición, si bien el directo parece

<sup>56</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., p. 769.

<sup>57</sup> Véase, *supra*, texto y nota 28.

<sup>58</sup> Náquira Riveros, *Derecho penal. Teoría del delito*, I, Mc Graw Hill, Santiago de Chile, 1998, cf. p. 203.

<sup>59</sup> Sobre lo cual, cf., por todos, Rivacoba y Rivacoba, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. (49-126) 96 y ss.

como de muy trabajosa configuración real, dado el contenido de injusto que subyace en los tipos respectivos.

4. En materia de *tentativa* tienen vigencia las reglas generales del Código Penal, por mandato del artículo 205 del de Justicia militar. El artículo 7° de aquel dice que hay tentativa, “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”, y frustración, “cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”. De la última cláusula deduce pacíficamente la doctrina la relevancia del arrepentimiento eficaz y del desistimiento, en la frustración y la tentativa en sentido estricto, respectivamente.<sup>60</sup> Todo lo cual es aplicable a los crímenes de guerra, con tal que su estructura técnica sea compatible con el delito imperfecto (no lo es el del artículo 263, inciso primero, del Código de Justicia Militar, pues se presenta como un delito de resultado cortado: “para apropiarse”).
5. Todas las formas de *autoría y participación* admitidas por el derecho penal común pueden tener lugar en los crímenes de guerra. Aquí toman nuevamente la palabra las reglas generales, siquiera haya de repararse, por un lado, en que es sumamente controvertida y de no fácil reconstrucción la figura del autor mediato en el Código Penal,<sup>61</sup> y, por otro, en que este reputa el encubrimiento (artículo 17) como forma de participar en un delito, junto a las genuinas, la inducción y la complicidad.
6. Con la *comisión por omisión* sucede lo mismo que observamos a propósito del error, es decir, se trata de una cuestión en la que la ausencia de una disposición expresa y de alcance general ha dejado por entero la resolución del problema a la doctrina, que advierte un reconocimiento implícito de la omisión impropia, para la mayoría de los delitos, en diversos pasajes del derecho penal codificado.<sup>62</sup> Al hilo del mismo razonamiento, se puede sostener que

---

<sup>60</sup> Politoff Lifschitz, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, cf. pp. 215 y ss.

<sup>61</sup> Sobre el autor mediato, véanse Yáñez Pérez, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales...*, o. cit., pp. (166-181) 179-180, y Politoff Lifschitz, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, 2 vols. Cuenca, 2001, pp. (1281-1284) 1260 y ss.

<sup>62</sup> Cury Urzúa, o. y ed. cit., t. I, cf. p. 206. En el delito de aplicación de tormentos a un detenido, que hemos reproducido antes, en nota 21, está descrita expresamente la comisión por omisión, respecto del empleado público que consintiere la tortura. Existen ejemplos análogos de tipificación directa de la omisión impropia en otras infracciones del Código Penal, como el peculado (artículo 233), el fraude al fisco (artículo 239), etc.

los crímenes de guerra pueden perpetrarse por omisión, sobre todo cuando el omitente sea un superior jerárquico que, obligado, por su cargo y responsabilidad, a impedir la actuación delictuosa de sus subordinados, se abstenga de hacerlo y deje correr un curso causal que remate en los resultados descritos en cada caso por la ley.

7 y 8. Las cuestiones de la *responsabilidad del superior jerárquico* y del *cumplimiento de las órdenes* que imparta por sus subordinados están muy entrelazadas en los crímenes de guerra y los preceptos que les destina el Código de Justicia Militar.

Este cuerpo legal se ocupa en dos ocasiones de la obediencia jerárquica. Por lo pronto, su artículo 214 establece que “cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados”. Aquí es menester tomar en cuenta que en el derecho militar chileno impera un régimen de obediencia absoluta, con la notable singularidad de que en él tiene cabida la *remonstratio*. En efecto, mientras el artículo 334 expresa que “todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior”, el 335 precisa que, “no obstante [...], si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden y, en casos urgentes, modificarla, dando inmediata cuenta al superior. = Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior”. En otras palabras: cumplido el trámite de la representación del contenido antijurídico de la orden, y siempre y cuando esta se refiera a asuntos del servicio militar, el inferior no responde (aquí la obediencia jerárquica funciona como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta).<sup>63</sup> Todo esto supone la existencia, en el ordenamiento chileno, de mandatos antijurídicos de obligatorio cumplimiento, posibilidad que el principal monografista del tema ve corroborada por las disposiciones que acabamos de reproducir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Cf. Rivacoba y Rivacoba, “La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, 3ª época, t. XXVI, n° 3, septiembre-diciembre de 1967, pp. 239-284, así como, del mismo, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, prólogo del Prof. Dr. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, Edeval, Valparaíso, 1969, especialmente pp. 41-42.

<sup>64</sup> Dice Rivacoba (“La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en l. cit., p. 274), que probada en el derecho penal común “la existencia de órdenes que vinculan en lo civil por su simple legalidad exterior y prescindiendo de que en su fondo sean conformes o contrarias a Derecho, resulta tanto más fácil comprender la cuestión y llegar a idéntica conclusión en el Código de Justicia Militar chileno [...] así se puede apreciar, sin lugar a ninguna duda en los artículos 334 y 335”. Y, citando a Rodríguez Devesa, en su estudio *La obediencia debida en el derecho penal militar* (tirada aparte de la

Por supuesto, si, conociendo el contenido antijurídico de la orden, el subordinado no lo representa al superior, o si los hechos *habent atrocitatis facinoris*, es decir, van contenidos en un mandato que tiende monstruosa, evidentemente a la comisión de un delito —por lo cual la orden misma sería ajena al servicio, con la consiguiente incompetencia del superior para dictarla—, responderán tanto el superior que lo impartió como el subordinado que le dio acatamiento, si bien el último con una pena atenuada, conforme a los artículos 211 y 214, párrafo segundo, del Código que venimos citando,<sup>65</sup> salvo el antes mencionado caso de concierto previo. Y es que “*en la inmensa mayoría de los casos en que el subordinado se dé cuenta de que lo que se le manda es delictuoso, no debe obedecerlo, y si lo hace, no podrá ampararse en esta eximente; pero no porque haya obrado bajo los efectos del error, sino, pura y simplemente, porque se trata de actos para los cuales no es competente quien se los ordena*”.<sup>66</sup> Esto es, precisamente, lo que se presentará en los crímenes de guerra, cuyo contenido antijurídico, propio de órdenes extrañas al servicio de las armas, es, en la mayor parte de los casos, manifiesto, de modo que la situación atraerá la responsabilidad tanto del que los ordenó, como de los que los ejecutaron en persona.<sup>67</sup>

9 y 10. No hay normas especiales en el Código de Justicia Militar acerca de la *legítima defensa* y el *estado de necesidad*, que se rigen por el derecho común (artículo 10, números 4º, 5º, 6, y 7º del Código Penal). La única peculiaridad de aquel Código radica en que contempla el uso de las armas, “cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida”, como

---

*Revista Española de Derecho Militar*, de Madrid, nº 3, enero-junio de 1957), prosigue: “También es raro encontrar en las legislaciones militares [...] la *remonstratio* [...], un paliativo que se introdujo para atenuar la perniciosa repercusión que puede tener en el servicio la teoría de la obediencia ciega, mas, en último extremo, viene a confirmar ésta, ya que si el superior reitera la orden al inferior éste debe cumplirla aunque sea antijurídica. El único país del que tengo noticia que admita la *remonstratio* en su Derecho militar, es Chile”.

<sup>65</sup> Expresa el inciso segundo del artículo 214: “El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”, y el artículo 211, que, “fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada”.

<sup>66</sup> Rivacoba, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, o. cit., p. 167.

<sup>67</sup> Bien indica Náquira Riveros (o. y vol. cit., p. 443), que “el carácter monstruoso de un hecho delictivo no depende de su contenido intrínseco, no es algo que se pueda determinar *a priori* y en forma abstracta, sino que depende de las circunstancias concretas en las que se encuentra la autoridad en un momento dado”. Y así, añade Rivacoba (*La obediencia jerárquica en el derecho penal*, o. cit., p. 166), “el oficial que normalmente no es competente para mandar a la tropa que capitanea, que dispare contra un grupo de transeúntes, puede serlo, en cambio, en una situación de emergencia, bajo la ley marcial”.

eximente de la responsabilidad penal (artículo 208). Aunque este instituto sea del todo ajeno al derecho penal común, un sector de la doctrina estima, en nuestra opinión con razón, que el uso de sus armas por los funcionarios facultados no es sino una situación específica de la eximente general del ejercicio legítimo de una autoridad <sup>68</sup> o de cumplimiento de un deber, por lo que se subordina a los requisitos del artículo 10, número 10°, del Código Penal, y, en consecuencia, “supone criterios de adecuación y proporcionalidad”.<sup>69</sup>

11. No está prevista en los crímenes de guerra una *edad mínima* diferente de la del Código Penal para poder imputar al hechor sus actuaciones antijurídicas. El derecho chileno, que se mantiene anclado en el anacrónico modelo de protección para los jóvenes infractores, establece los dieciocho años de edad como el momento de la adquisición de la imputabilidad penal, reserva hecha de los menores de dieciocho y mayores de dieciséis que hubieren obrado con discernimiento, a quienes también se considera imputables.<sup>70</sup> Un proyecto en actual tramitación ante el Congreso nacional pretende rebajar el umbral de la imputabilidad a los catorce años, e introducir un derecho penal especial para los jóvenes adultos.
12. Hay, adicionalmente, circunstancias agravantes y atenuantes especiales de los delitos militares. Entre las primeras figuran, por ejemplo, cometer el delito previo concierto o en unión con los inferiores, ejecutarlo ante tropa reunida o perpetrarlo ante el enemigo; y entre las segundas, el ejecutar, después de perpetrado el delito, una acción distinguida ante el enemigo (artículos 209 y 213 del Código de Justicia Militar). Todo esto repercute en la *determinación de las penas* que vengan al caso. En cambio, no hay disposición especial alguna respecto de los fines de las penas militares, materia también sometida a las normas comunes.
13. El derecho interno rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin importar el delito de que se trate. Existe una norma expresa sobre el particular, aprobada por la opinión dominante.<sup>71</sup> Un sector minoritario de la doctrina actual aboga *de lege ferenda* por la responsabilidad criminal de los entes colectivos.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Náquira Riveros, o. y vol. cits., cf. pp. 282 y ss.

<sup>69</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y ed. cits., p. 393.

<sup>70</sup> Sobre lo cual puede consultarse nuestro artículo “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadoras del Derecho penal en la cuestión de los menores”, en la revista *Gaceta Jurídica*, cit., n° 239, mayo de 2000, pp. 10-20.

<sup>71</sup> El artículo 58 del Código Procesal Penal establece: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

<sup>72</sup> Así, Politoff Lifschitz, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’...”, en l. cit., cf. especialmente pp. 1282-1284.

14. Al igual que otros ordenamientos, el chileno recoge dos grupos de *limitaciones funcionales* de la ley penal, o *inmunidades*. Del derecho internacional proceden la inmunidad de los jefes de Estado extranjero que se encuentren de visita en Chile, los agentes diplomáticos extranjeros, sus familiares y empleados foráneos, los funcionarios de las organizaciones internacionales establecidas por tratados multilaterales, y los cónsules extranjeros. La única inmunidad consagrada por el derecho interno es la que ampara a los diputados y senadores, pero solo “por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión” (artículo 58 de la Constitución política). En cambio, desde la independencia política del país jamás se ha regulado, y sería en verdad inconciliable con la forma republicana de gobierno, la inviolabilidad del presidente de la República u otros altos dignatarios del Poder Ejecutivo, todos los cuales están sometidos a la ley penal como cualquier ciudadano.<sup>73</sup> Lo anterior vale, en los mismos términos, para los crímenes de guerra.
15. Todos los delitos y penas prescriben en la forma, las condiciones y los plazos que determina el Código Penal, en sus artículos 94 a 105. De acuerdo con estos, para los crímenes de guerra los plazos de prescripción oscilan entre cinco (artículos 261 y 264 del Código de Justicia Militar) y diez años (artículos 262 y 263) —en ciertos casos, quince, cuando hubiere resultado la muerte de alguna persona, según el inciso segundo de los artículos 262 y 263—. No existen, pues, delitos o penas imprescriptibles y, como ya se dijo,<sup>74</sup> Chile no ha dado ratificación a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado, a nuestro entender con razón, la posibilidad de declarar imprescriptibles estos delitos sobre la única base del derecho consuetudinario internacional.<sup>75</sup> Pero los proyectos de ley habidos últimamente sugieren que el Estado de Chile considera como una obligación el prohiar tarde o temprano, en su ordenamiento jurídico, el carácter imprescriptible de los crímenes internacionales. Lo anuncia claramente el artículo 250 del Código Procesal Penal, sancionado el año 2000, que prohíbe al juez dictar sobreseimiento definitivo “respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados”.
16. La *amnistía* y el *indulto* son causas de extinción de la responsabilidad criminal de las que se ocupan así el Código Penal (artículo 93, 3° y 4°) como la

---

<sup>73</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., cf. p. 141.

<sup>74</sup> Véase, *supra*, nota 13.

<sup>75</sup> Cf. Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 111-112 (donde este autor se duele de y critica el temperamento adoptado por el máximo tribunal).

Constitución política. De que el Estado pueda introducir limitaciones a su *ius aggratiandi* para los crímenes de guerra no había traza en la jurisprudencia sino hasta pocos años ha. En 1994, dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, basándose en las Convenciones de Ginebra, negaron vigencia a la “amnistía al revés” o “autoamnistía” otorgada por el régimen militar merced al antes citado decreto-ley 2.191.<sup>76</sup> Si bien la Corte Suprema revocó en 1995 tales fallos, ya hemos consignado<sup>77</sup> que el máximo tribunal cambió su criterio a partir de 1998, y reconoce hoy que las disposiciones relativas al derecho de la guerra impiden aplicar leyes de amnistía a los delitos —en los casos sobredichos, comunes— perpetrados contra personas internacionalmente protegidas en una situación de beligerancia, pues darles validez vulneraría la disposición constitucional sobre la tutela de los derechos fundamentales del hombre.

17. La *prohibición de la retroactividad* de las leyes penales más gravosas tiene en el país jerarquía constitucional y es absoluta. Los crímenes de guerra no se substraen a lo establecido en el artículo 19, número 3°, de la Constitución.<sup>78</sup>
18. Falta una norma interna que resuelva el conflicto de jurisdicción que podría presentarse cuando un crimen internacional de que pudiesen conocer los tribunales del país fuese objeto de juzgamiento simultáneo ante tribunales extranjeros o internacionales. De hecho, los jueces chilenos no podrían resignar su jurisdicción frente a acciones pendientes de sentencia firme en el extranjero, sobre todo si el delito se cometió en Chile y el reo está en el territorio nacional. El proceso sobre desafuero seguido contra el general Pinochet Ugarte, que no se ha visto embarazado por los juicios paralelamente instruidos contra él en otros países, es una clara demostración empírica de ello.

Lo que no quiere decir que el ordenamiento interno desconozca el principio del *non bis in idem* en el terreno del derecho penal internacional. Antes explicamos que son punibles, conforme a la legislación nacional, los delitos cometidos en el extranjero por chilenos contra paisanos, “si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró” (artículo 6°, número 6°, del Código Orgánico de Tribunales). El reconocimiento del principio en palabra y del valor de la *res iudicata* surgida de una condena o absolución pronunciadas por tribunales foráneos, a través de esta aplicación subsidiaria de la ley penal de Chile, no puede ser más paladino.<sup>79</sup> Por otra parte, prosiguiendo una línea iniciada por el último tenor del artículo 3°

<sup>76</sup> Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, o. y vol. cits., cf. p. 110.

<sup>77</sup> Véase, *supra*, B, III, *in fine*, especialmente texto y nota 36.

<sup>78</sup> Transcrito *supra*, nota 12.

<sup>79</sup> En el mismo sentido, Politoff Lifschitz, *derecho penal*, o. y vol. cits., cf. p. 146-147; Cousiño Mac Iver, o. y vol. cits., cf. p. 166; Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, o., vol. y ed. cits., cf. p. 176, y la generalidad de los autores. También la jurisprudencia ha reconocido

del Código de procedimiento penal, el nuevo Código Procesal Penal, de 2000, ha dado un alcance todavía mayor al mérito de cosa juzgada de *todo* tipo de sentencias penales emanadas de tribunales extranjeros. Su artículo 13 dispone que “tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras” y que, “en consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero...”. En su amplitud, la disposición es perfectamente aplicable a los crímenes internacionales sometidos a persecución penal conforme a la ley chilena, con la salvedad que el propio artículo expresa, a saber, que el juzgamiento en el otro país “hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales, o cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente”.

## **II. *Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

No los hay.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

El conocimiento y fallo de los crímenes de guerra está entregado a la jurisdicción castrense y, por las mismas características espaciotemporales de producción de estos crímenes, en la mayor parte de los casos serán competentes los tribunales militares establecidos para tiempos de guerra.<sup>80</sup>

La justicia castrense muestra grandes diferencias respecto de la ordinaria, comenzando por los órganos que la componen, a propósito de cuya reglamentación ya se insinúa el rasgo que define a la primera, o sea, un quebrantamiento sistemático de elementales principios y garantías inherentes a la segunda. Los viejos defectos se han tornado francamente macroscópicos e intolerables desde la entrada en vigor del Código Procesal Penal, que sustituyó el sistema mixto, con claro predominio de la forma

---

en repetidas oportunidades el valor de cosa juzgada de las sentencias absolutorias extranjeras. Cf. Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, o., vol. y ed. cits., cf. p. 31.

<sup>80</sup> Pero no siempre. Creemos que, cesado el estado de guerra, termina también la competencia de estos tribunales especiales, por lo que tocará a la jurisdicción común, en el marco del procedimiento ordinario, hacerse cargo de los crímenes de guerra no juzgados hasta ese momento. Por la no ultractividad de los tribunales extraordinarios, especialmente los consejos de guerra, cesado que sea el estado marcial, se pronuncia también Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal* (7 vols. publicados), Losada, Buenos Aires, 5ª ed., t. II, 1992, cf. p. 669.

inquisitiva, del antiguo Código de procedimiento penal, por el acusatorio en la persecución de los delitos.

Por de pronto, debe observarse que los jueces militares son oficiales en servicio activo; carecen de preparación jurídica, y, por lo mismo, deben ser asesorados por un auditor, junto al cual firman la sentencia redactada por este.<sup>81</sup> La independencia interna del tribunal, pues, resulta ser una quimera, subordinado como está a las autoridades superiores del ramo armado de que se trate.<sup>82</sup>

El procedimiento para tiempos de guerra, estructurado, *more* antiguo, en dos fases, una inquisitiva y otra acusatoria, se distingue por la extraordinaria brevedad (cuarenta y ocho horas, como regla general) de la primera, que es instruida por un fiscal. Cerrado el sumario, el fiscal pide el sobreseimiento o propone la acusación, y en el último caso, un comandante es quien convoca al consejo de guerra, que recibe las defensas del acusado y las pruebas que haya ofrecido. El fallo del consejo es inapelable: una vez dictado y notificado a las partes, el comandante que corresponda debe aprobarlo o modificarlo. Asimismo, bien que esté reconocido formalmente el derecho a la defensa letrada, varias disposiciones del Código en cuestión revelan una desconfianza supina en sus atribuciones, que se procura cercenar; por ejemplo, el defensor puede intervenir e imponerse de los antecedentes que obren contra el inculgado sólo después que se ha convocado al consejo de guerra, y tiene que formular su defensa por escrito, comunicándola al fiscal antes del juicio.

## F. La práctica efectiva de persecución

Hasta donde llegan nuestras fuentes de información, no se ha perseguido en el país crímenes internacionales. Los procesos que han tenido lugar fueron o son sustanciados sobre la base de delitos comunes, dada la falta de casi todos los tipos existentes en el derecho externo. De ellos, ninguno sobrepasa en importancia y significación al juicio de extradición contra Walther Rauff y al procedimiento sobre desafuero de Augusto Pinochet.<sup>83</sup>

Con todo, a la génesis y el alcance del decreto-ley 2.191, de 1978,<sup>84</sup> están íntimamente ligados dos casos judiciales a los que cabe hacer referencia, entresacados de

---

<sup>81</sup> Paillás, *Derecho procesal penal* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, t. II, cf. p. 216.

<sup>82</sup> Parecidamente, Riego, "Informe nacional sobre Chile", en *Las reformas penales en América Latina*, coordinado por Julio B. J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik, prólogos de Albin Eser y Stefan Jost, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, pp. (167-195) 177-178.

<sup>83</sup> Cf., *supra*, texto y notas 18 y 24, respectivamente. Dado que el proceso en cuyo marco Pinochet perdió su fuero como parlamentario sigue en tramitación a la fecha en que escribimos estas cuartillas, omitimos su comentario pormenorizado.

<sup>84</sup> Cf. *supra*, A, III, *in fine*.

los múltiples y gravísimos crímenes perpetrados por agentes y secuaces del régimen castrense que gobernó el país entre 1973 y 1990.

Según expresa su “Exposición de motivos”, la amnistía otorgada por esa disposición legiferante era fruto del “imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”. Prescindiendo del horrible lenguaje en que quedó escrita, la afirmación, cuyos oportunismo y cruel hipocresía apenas si reconocen precedentes en la historia de Chile,<sup>85</sup> era en verdad el disfraz con que disimular una burda autotutela del régimen y la impunidad así concedida a sus criminosos servidores, no menos que el mecanismo para cubrir y anular la honda impresión que suscitaban sus hechos delictivos, con el correspondiente reclamo de hacer justicia a las víctimas.

Uno de aquellos hechos, acaecido en octubre de 1973, pero descubierto en 1978, acapararía la atención pública: el llamado caso Lonquén. No había transcurrido un mes desde el golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973, cuando un grupo formado por miembros de la Policía de Carabineros, sin contar con orden judicial alguna, allana y detiene en Isla de Maipo, localidad rural contigua a Santiago de Chile, a quince humildes campesinos, quienes, luego de ser golpeados en el recinto policial del lugar, son llevados a unos abandonados hornos de cal emplazados en el vecino sector de Lonquén. Allí encontraron alevosa muerte, por obra de los mismos carabineros y del oficial que los dirigía, quien decidió ocultar los cadáveres en los hornos. De este caso, que surgió a la luz pública a raíz de una denuncia anónima recibida por la Iglesia Católica en 1978, conoció primeramente el ministro don Adolfo Bañados Cuadra. Antes de que este tuviese que declinar su competencia a favor de un fiscal militar, pudo constatar la directa responsabilidad del oficial y los policías a su cargo, que el hecho fue perpetrado con ocasión del servicio y que las explicaciones dadas por la jefatura policial para cohonestar lo ocurrido, o sea, que los detenidos se habrían enfrentado a tiros con sus secuestradores, eran, en su puerilidad, desde todo punto de vista inverosímiles. El decreto-ley de amnistía vino a la judicatura militar como anillo al dedo. El fiscal, en resolución luego confirmada por la corte marcial, sobreseyó la causa y a los malhechores.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Salvo, acaso, el documento engendrado por la junta militar que en 1924, con el decidido respaldo de un aparato oligárquico, obliga a dimitir al presidente Arturo Alessandri Palma: con el pomposo título de “Los postulados del 11 de septiembre” —en Chile los acontecimientos infaustos parecen tener fechas propiciatorias—, un testigo de la época lo califica como “los postulados de la imbecilidad humana con sable a la cintura”. Vicuña Fuentes, *La tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928*, prólogo de Volodia Teitelboim, Lom, Santiago de Chile, 2002, p. 209.

<sup>86</sup> *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (2 vols.), Santiago de Chile, 1991, vol. 1, t. I, pp. 223-225.

La amnistía del decreto-ley en palabra no abrazó, empero, todas las atrocidades del gobierno. Una de sus disposiciones hubo de excluir de la gracia a los responsables de los hechos entonces investigados “en el proceso rol N° 192-78, del Juzgado militar de Santiago”, esto es, ni más ni menos que el asesinato de don Orlando Letelier del Solar y de su secretaria, la joven norteamericana Ronnie Moffitt, que tuvo lugar en Washington el 21 de septiembre de 1976, y cuya significación y vicisitudes ulteriores generaron una delicada situación en las relaciones entre los gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica y de Chile, lo que hace tanto más fácil el comprender que quienes detentaban el último no se atrevieran a amparar, con una amnistía hecha a su medida, un crimen de terror político perpetrado en el corazón mismo del país más poderoso del planeta.

Reducidos hasta el esquematismo, los hechos se dieron como sigue: Letelier, otrora embajador de Chile ante la Confederación norteamericana y antiguo ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno del presidente don Salvador Allende Gossens, vivía a la sazón su exilio en Washington, distrito de Columbia, donde se desempeñaba en el Instituto de Estudios Políticos, y paralelamente cumplía importantes actividades en el marco de la oposición internacional contra el régimen que tiranizaba a su país y que lo había expulsado un trienio antes. Su prestigio, seriedad y poder de convocatoria en el campo de la política lo señalaron como sospechoso e indeseable ante los ojos del aparato de inteligencia del gobierno militar, que poco antes de mandarlo matar lo había privado de su nacionalidad. El asesinato, precedido por una compleja trama de espionaje internacional, en todo lo cual tomaron parte así miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional <sup>87</sup> como individuos extranjeros de signo fascista, ocurrió mientras viajaba en su automóvil en compañía del matrimonio Moffitt, por una bomba instalada en la carrocería del coche y hecha explotar por un agente norteamericano de la Dirección, Michael Townley, siguiendo una orden emanada del director de ese organismo, el general de ejército Juan Manuel Contreras Sepúlveda, y su jefe de operaciones, el también alto oficial Pedro Octavio Espinoza Bravo.

Iniciado en 1978, el proceso judicial arrastró una penosa y estéril tramitación en manos de la justicia militar, hasta que en 1991 su conocimiento quedó radicado en la judicatura ordinaria. El ministro de la Corte Suprema designado al efecto, don Adolfo Bañados Cuadra, fue capaz de imprimirle la celeridad y el rigor que requería, superar las dificultades intrínsecas del negocio y los entorpecimientos de todo orden —a menudo, aviesos— con que hubo de tropezar y llevar a buen término una causa que el juzgado militar había sobreseído ignominiosamente en 1980. El fallo, que condenó a

---

<sup>87</sup> Un cuerpo militarizado que se creó formalmente en 1974 (sus comienzos, sin embargo, se remontan a noviembre de 1973) para que funcionase bajo directa dependencia de la Junta de Gobierno, y que se convirtió en el principal servicio de inteligencia encargado de la persecución y represión políticas durante los años 1974-1977.

Contreras y Espinoza como coautores del asesinato de Orlando Letelier,<sup>88</sup> presenta múltiples aspectos de interés, tanto en lo que respecta a cuestiones específicas del derecho interno, como por su proyección hacia temas significativos para el derecho internacional penal. Naturalmente, hemos de contraernos a la somera mención solo de estos últimos.

Por de pronto, se trataba de un delito “a distancia”, cuyo *iter criminis* comenzó en Chile y concluyó en Norteamérica. Esto tenía que plantear forzosamente una duplicación de jurisdicciones y los problemas anejos a ello. De hecho, Townley, luego de ser expulsado del territorio nacional tras vehemente presión de los Estados Unidos,<sup>89</sup> fue sentenciado por la justicia norteamericana, la que, con todo, no pudo hacer prosperar la petición de extraditar a Contreras y Espinoza, ya que había un proceso pendiente en Chile. La alegación que seguidamente formularon los reos, en el sentido de que los tribunales chilenos resultaban incompetentes para conocer del asunto, fue rechazada sobre la base de que el proceso versaba sobre un delito cometido en el extranjero por chilenos contra chilenos y sus acusados estaban en el país, y porque, “en todo caso, Chile está obligado a enjuiciar a los responsables, por exigencias del artículo 345 del Código de Bustamante”.<sup>90</sup>

También estaba el aspecto de la concreta forma de participación —tomando esta palabra en su sentido lato— que convenía a los encausados, según su especial relación con el autor directo del crimen. El sentenciador descartó la inducción (artículo 15, número 2º, del Código Penal), por estimar que ella supone “un acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo [...] del mandato que recibió Townley”,<sup>91</sup> y se decantó por la figura de la autoría mediata, con expresa aplicación de la tesis de Roxin del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, dentro del cual el autor material aparecía como un simple instrumento de la Dirección de Inteligencia Nacional.<sup>92</sup> La especie de autoría asimismo prevista en el número 2º del artículo 15 del Código Penal (“los que fuerzan a otro a cometer un delito”), la fungibilidad de los ejecutores de las órdenes impartidas por una organización cuyas características tornaban ilusoria toda resistencia a sus designios, retratan “un estado de

---

<sup>88</sup> Data del 12 de noviembre de 1993 y puede consultarse en una edición especial de *Fallos del Mes*, publicación mensual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, año XXXV, noviembre de 1993, sección criminal. Las citas que siguen están tomadas de esta fuente.

<sup>89</sup> Por cierto, el gobierno militar negó públicamente las gestiones realizadas por la diplomacia norteamericana y la fuerte presión que desplegaron sus autoridades; pero el escándalo era hasta tal punto mayúsculo, que se vio obligado a ceder, arrebatando la persona de Townley a la justicia chilena, para evitar un quiebre de las relaciones con el país del norte.

<sup>90</sup> *Fallos del Mes*, cit., p. 45.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>92</sup> El norteamericano, en efecto, dependía económica e ideológicamente de la Dirección, y se había consustanciado en su estructura militar y la férrea lealtad que esta requería. Su adhesión a ella era, pues, total. *Ibidem*, cf. p. 153.

cosas perfectamente aplicable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que, si legalmente no podía ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto, como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediablemente a cometer un determinado acto”.<sup>93</sup> Por lo demás, Contreras y Espinoza fueron considerados coautores mediatos del delito, dada su proximidad en el escalafón de grados del ejército y la falta de otros vínculos de dependencia entre ambos.

También se debatió el argumento insinuado por la defensa de Espinoza, en el sentido de que lo ampararía la eximente de obediencia jerárquica contemplada en el Código de Justicia Militar. Las razones aducidas por el fallo para descartar esta peregrina alegación coinciden cabalmente con lo que manifestamos antes sobre el particular.<sup>94</sup> “La excepción de la obediencia debida que puede alegar un subordinado depende [...] de que ese mandato haya sido impartido ‘como orden del servicio’, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto del servicio’”, y, “en el caso en examen, la orden impartida estaba notoriamente encaminada a la ejecución de un delito grave (*atrocitatem facinoris* de los romanos), era totalmente ajena a las funciones de la DINA<sup>95</sup> y también a las atribuciones legítimas de su Director, es decir, no era una orden del servicio, ni provenía ni fue pronunciada con ocasión de un acto del servicio”, de todo lo cual se seguía la obligación, para quien la recibió, de no cumplirla; y como, por la inversa, lo hizo, “debe responder también como coautor mediato de este homicidio, ya que equivale a un acuerdo de voluntades con su jefe, el Director de la DINA, sobre el plan homicida”.<sup>96</sup>

La ingente participación de la Dirección de Inteligencia Nacional en las actividades de persecución política durante los primeros años del régimen militar, su responsabilidad en la desaparición forzada, la tortura y el asesinato de centenares de personas, permiten concluir que el de Letelier está lejos de ser un caso aislado, de nulo interés para el objeto de la presente investigación. Por lo demás, los sentenciados en este juicio, antes, durante y después de haber cumplido sus condenas, han sido impu-

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>94</sup> Cf., *supra*, texto y nota 65.

<sup>95</sup> Esto es exacto punto por punto. El decreto-ley 521, de 1974, creador de este organismo, le atribuía solamente la función de reunir la información necesaria para diseñar las políticas y tomar las medidas “que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país”. Ni siquiera las disposiciones secretas de su fuente “legal” facultaban a la Dirección para cometer asesinatos. Tomando en cuenta, además, que en los hechos dependía únicamente del presidente de la Junta de Gobierno, y que las implicaciones políticas de matar a un ex diplomático nada menos que de Washington eran gravísimas para el régimen militar y su precaria posición internacional, se explica que durante todo el proceso y aun después gravitase la sombra de Pinochet como el verdadero autor de la orden, o por lo menos como la figura necesaria que la autorizó o refrendó.

<sup>96</sup> *Fallos del Mes*, cit., pp. 155 y 156.

tados o bien sometidos a proceso en otros casos de terrorismo internacional, nacidos de un mismo plan de aniquilamiento sistemático de los más representativos opositores al gobierno militar.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Salvas las menciones que hicimos en los apartados A y B, I, de los proyectos de ley sobre la ratificación del Estatuto de Roma y la introducción del crimen de genocidio, no ha habido otras iniciativas oficiales cuyo fin sea establecer un catálogo lo suficientemente exhaustivo de crímenes internacionales en el derecho interno; mucho menos cabe conjeturar que el país se dé un Código o ley internacional penal, a semejanza de los que se columbran o existen en otros países.

A decir verdad, la evolución de la política legislativa en el tema muestra rasgos no bien definidos ni uniformes. Si bien es cierto que en los últimos lustros varios tratados han sido refrendados por Chile, particularmente los que se refieren a una más maciza tutela de los derechos y garantías fundamentales del hombre frente a ataques insoportables, como la tortura, y que por este camino se ha visto ampliado el ámbito del principio universal y la posibilidad de reprimir en el país algunos tipos delictivos de significación cosmopolita, lo es, asimismo, que no hay proyecto alguno de ley que apunte a dar una cabida mayor a aquel principio o a reformar sistemáticamente el ordenamiento interno para acabar con su virtual ayuno de crímenes internacionales. De la carencia de una política clara y bien fundada en estas cuestiones es testimonio la paradoja de que se hayan filtrado en el Código Penal delitos cuyo injusto típico refleja el vigente en el derecho internacional, a despecho de que el Estado no ha adherido a la convención correspondiente, y que, antes bien, contradicen aquellas que sí lo obligan, según es dable apreciar en la trata de personas.<sup>97</sup> Acaso pudiera pensarse, empero, que

---

<sup>97</sup> En efecto, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949, no ratificado por Chile, obliga a las partes a castigar a quienes promuevan, induzcan o exploten la prostitución aun con el consentimiento de la persona afectada (artículo 1°) —a diferencia de la ratificada Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Blancas, de 1910, cuyos artículos 1° y 2° distinguen los casos de mujeres y niñas menores, por un lado, y de mujeres adultas, por otro, pidiendo preceptivamente y solo para el segundo el uso de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad o “cualquier otro medio de sujeción” como presupuesto para reprimirlo—, al paso que el nuevo artículo 367 *bis* del Código chileno castiga al que “promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, en circunstancias en que la “víctima” es un adulto que consiente en el acto, y agrava las penas cuando el paciente es menor de edad, ha sido forzado, intimidado o engañado por el sujeto activo, o este se prevale del estado de desamparo económico de aquel. Acerca de este delito y su crítica, cf. Guzmán Dalbora, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en el *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, 1999-2002, pp. 201-244.

la paradoja esconde una embrionaria recepción de las prohibiciones del derecho *consuetudinario* de gentes, lo que sería tanto más notable cuanto que la tradición chilena ha sido, como hemos manifestado, acuñar los tipos solo después de la ratificación del tratado.

## **II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia**

La dogmática penal chilena viene reclamando por lo menos desde los años sesenta del siglo XX una mejora del derecho interno en estas cuestiones, en el doble sentido de satisfacer la exigencia de contar con un número mayor de delitos internacionales, junto con las normas que precisen los presupuestos peculiares de su punición, y de configurar un espectro claro y directo de casos de aplicación del principio de justicia universal.

El retraso del país quedó de manifiesto y fue objeto de denuncia con motivo de la frustrada extradición en el caso Rauff. Rafael Fontecilla Riquelme, quien, como presidente de la Corte Suprema, conoció del proceso en su primera instancia y dio lugar a la entrega del jerarca nazi, desarrolló detalladamente, poco tiempo después, las razones en cuya virtud Chile debía adherir a la Convención de 1968, argumentando que no había impedimentos internos, ni siquiera constitucionales, para aceptar entre nosotros la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de guerra.<sup>98</sup> Si en sus páginas queda retratada la sólita exigencia de una ley interna, la cruda experiencia vivida por la comunidad nacional durante el régimen militar explica que en publicaciones más recientes se quiera ir más allá y modificar este estado de cosas. Así, por citar una figura insigne del penalismo chileno y uno de los pocos que ha abordado seria y sistemáticamente la cuestión, Sergio Politoff Lifschitz considera que “los convenios o tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un rango especial, que los diferencia de otros tratados, ya que, al incorporarse a la Constitución, no sólo dan lugar a reclamar la inaplicabilidad de un texto legal cuando éste está en contradicción con sus disposiciones, sino que procede utilizarlos directamente en la interpretación de la ley penal”, y que,<sup>99</sup> lenta, pero promisoriamente, la jurisprudencia parece que va abriéndose a estos rumbos interpretativos, tal como apuntamos páginas atrás; y si ello no ha ocurrido antes, débese a la especial *forma mentis* del grueso de la judicatura.<sup>100</sup> También se viene postulando una reforma al artículo 6° del

<sup>98</sup> O. y ed. cits., t. III, cf. pp. 171 y ss.

<sup>99</sup> *Derecho penal*, o. y vol. cits., pp. 109 y 111.

<sup>100</sup> “Los tribunales chilenos son tributarios de un rígido positivismo jurídico que los convierte en esclavos de la letra muerta de la ley —opina Novoa Monreal, “El caso de Walther Rauff”, en l. cit., pp. 66-67—. Debido a ello, magnifican la fuerza de la ley escrita. Rehúyen su verdadera responsabilidad, que es la de hacer justicia, asilándose en el texto literal de la ley, bastante para dar solución cómoda y fácil en los casos más sencillos, pero enteramente insuficiente si se trata de resolver problemas serios y de fondo. Por ello es que, cuando se trata de elaborar una tesis que requiera asentarse en los principios

Código Orgánico de Tribunales, por cuanto la genérica remisión que este hace a los delitos comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias puede engendrar problemas para su adecuada inteligencia, como el de si el Estado queda obligado a describir el delito en su legislación o si, además, debe perseguir el hecho aunque sea cometido fuera de sus fronteras.<sup>101</sup>

### **III. Debate jurídico-político**

Los dolorosos casos y procesos judiciales sobre detenidos-desaparecidos, una lacerante herida abierta de la denominada transición política chilena, han suscitado indirectamente, en círculos más vastos que el estrictamente científico, controversias acerca de la conveniencia de que el país colme o no las lagunas señaladas de su derecho interno. No es fácil dar una apreciación acerca de los puntos de vista ventilados al respecto ni establecer cuál puede considerarse como prevaleciente. Diversos grupos de opinión vinculados a la defensa y salvaguardia de los derechos fundamentales se han pronunciado a favor de la justicia penal universal en la persecución y el castigo de los crímenes contra la humanidad, lo que es visto con recelo mejor o peor disimulado por las tendencias políticamente conservadoras, de arraigo, peso e influjo nada desdeñables. En este entrecruzamiento de posturas antagónicas, así como en la peculiar representación de los diversos sectores políticos en el Parlamento, hunden su raíz las dificultades que han encontrado los proyectos de ley de que hicimos mención, para ver triunfar la causa de la humanidad en el ordenamiento punitivo nacional. Hay otras causas que dan cuenta del retardo, por cierto; pero de ellas haremos escueta indicación al final.

Como quiera que sea, el documento más importante y representativo, amén de oficial, acerca de los diversos atropellos a los derechos fundamentales en el período del gobierno militar, esto es, el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, incluyó, como una de sus recomendaciones para prevenir la repetición de esas graves transgresiones en el futuro, la de que el Estado debe ratificar todos los instrumentos internacionales “que se adopten o hayan adoptado en materia de derechos humanos”, y alumbrar “normas nacionales complementarias para la debida implementación de los tratados”, como la Convención sobre el Genocidio y la obligación que impone a los Estados de tipificar y penar este delito en su ley interna, “lo que hasta ahora no se ha hecho en Chile”.<sup>102</sup>

---

jurídicos, o, lisa y llanamente, en el sentido de la justicia, pierden a menudo el rumbo y se convierten en jueces errátiles e inseguros”.

<sup>101</sup> Politoff Lifschitz y Matus Acuña, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, o. y vol. cits., cf. p. 68.

<sup>102</sup> *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., vol. 1, t. II, pp. 840 y 842.

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

Entre los requisitos establecidos por el derecho interno para la extradición pasiva, no se cuenta el de que el individuo cuya entrega se pida por el Estado extranjero carezca de la nacionalidad chilena. La falta de una tal restricción en la legislación del país goza del respaldo de la doctrina, que es decididamente partidaria de la extradición de nacionales,<sup>103</sup> y, sobre todo, de la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.<sup>104</sup> Ahora bien, como la extradición es el complemento lógico del principio territorial, el valor de la posibilidad de extraditar paisanos es hartamente menor para los delitos sometidos al principio de justicia universal, máxime si se tienen en cuenta el reducidísimo número de estos en la legislación chilena y la máxima de la *doble incriminación*, que sí representa un elemento necesario de la extradición pasiva. Así y todo, el hecho, por ejemplo, de que un oscuro criminal de guerra buscara refugio en el país y consiguiera con el tiempo la nacionalidad chilena no constituiría un impedimento para, llegada la hora, dar lugar a su entrega al Estado extranjero que lo reclamase —sin perjuicio de su también posible enjuiciamiento en Chile.

### I. *Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Chile*

Todo un conjunto de consideraciones de variado orden explica la posición de franco retraso del derecho penal chileno en este tema: el emplazamiento geográfico del país y la mentalidad insular que en él domina; lo modesto del peso de su voz en la comunidad internacional; el fuerte apego a sus instituciones políticas y jurídicas, con la resistencia correlativa a cambiarlas, especialmente cuando las modificaciones son de envergadura e involucran problemas de fondo, etc. Sin embargo, en nuestra opinión hay una que lleva la ventaja sobre todas, y se enlaza hasta un punto tan estrecho con la historia de Chile, que bien puede sostenerse que, amén de determinante en la cuestión, resulta consustancial al “alma colectiva” de su pueblo y su cultura. Asimismo, ella está en la base de la preeminencia que se concede al derecho de los tratados en vez de a la costumbre internacional, el privilegiar la competencia de los tribunales del país en el supuesto de que el asunto pudiera interesar también a un tribunal extranjero (o supraestatal), la necesidad de que el delincuente se encuentre en territorio chileno para juzgarlo por un crimen internacional y, por cierto, la trabajosa y accidentada tramitación parlamentaria del Estatuto de Roma.

Nos referimos a la condición de colonia europea que tuvo Chile hasta su independencia política de España. La historia del derecho público chileno es, en cierta medida, la historia de su afirmación como país autónomo y del espíritu resultante, cuyo *ethos* es el del orgullo anejo a la autarquía política e institucional, y cuyo *pathos*

<sup>103</sup> Cf., por todos, Cury Urzúa, o., ed. y vol. cit., p. 182.

<sup>104</sup> Cousiño Mac Iver, o. y vol. cit., cf. p. 225.

queda reflejado en el prurito de salvaguardar esa autonomía a todo trance, aun a riesgo de coartar las posibilidades de integración cultural dentro del concierto de las naciones más avanzadas, y en una acusada desconfianza hacia todo cuanto signifique una merma al poder soberano del Estado.

Sería injusto y extremoso concluir de todo ello que la reserva interna a castigar crímenes internacionales va acompañada de la ausencia total de esfuerzos en pos de revertirla como tendencia, adecuando la legislación a los impostergables requerimientos de la hora. Sin embargo, consideramos como muy difícil que esta pueda ser reformada al hilo del entero espectro del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo menos en el corto plazo. No solo porque habrá que acometer una reforma de gran envergadura a una Constitución ultraconservadora en esta materia,<sup>105</sup> sino en cuanto la empresa demanda una afinación aún no verificada del sentimiento jurídico y el abandono de cierta mentalidad de campanario que traba el progreso político del país y su asociación con los demás. Tales cambios de mentalidad son necesarios, desde luego, en los líderes políticos —y, contra lo que usualmente se cree, no solo en los de signo conservador—, pero también en la judicatura y el foro en su conjunto, que no están libres de aquella “alma colectiva” antes abocetada. Y es que, aun suponiendo una radical reestructuración del derecho interno en el sentido que marca y exige el internacional, esa reforma quedaría en el papel y sería en verdad inoperante sin jueces y juristas embebidos del espíritu que se le infunda.

### Bibliografía

- ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho penal militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1974.
- Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*. Con un Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1975.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1992.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal* (4 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., 1997.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *El derecho penal en la jurisprudencia* (4 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., t. I, 1987.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *Tratado de derecho procesal penal* (3 vols. publicados), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1978.

---

<sup>105</sup> Por no decir en todas.

- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en el *Anuario de Derecho Penal*, de Lima, 1999-2002, pp. 201-244.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, n° 12, 1994, pp. 165-199.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Crisis y pervivencia de las exigencias humanizadas del derecho penal en la cuestión de los menores”, en *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n° 239, mayo de 2000, pp. 10-20.  
*Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (2 vols.), Santiago de Chile, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (7 vols. publicados), Losada, Buenos Aires, 5ª ed., t. II, 1992.
- MAIER, Julio B. J., Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK (coords.), *Las reformas penales en América Latina*, con Prólogos de Albin Eser y Stefan Jost, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, con Prólogo del Prof. Sergio Politoff Lifschitz, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2ª ed., 2002.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho penal. Teoría del delito*, I, Mc Graw Hill, Santiago de Chile, 1998.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2002, pp. 449-466.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general* (2 vols.), Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1985.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en *Grandes procesos*, Bat, Santiago de Chile, 1988, pp. 58-105.
- PAILLÁS, Enrique, *Derecho procesal penal* (2 vols.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, “‘Cometer’ y ‘hacer cometer’: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (2 vols.), Cuenca, 2001, pp. 1281-1284.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal* (1 vol. publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, y Luis ORTIZ QUIROGA (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I (único publicado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 49-126.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1991.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, con Prólogo del Prof. Dr. Francisco Blasco y Fernández de Moreda, Edeval, Valparaíso, 1969.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “La obediencia jerárquica en el derecho penal chileno”, en la *Revista de Ciencias Penales*, de Santiago de Chile, 3ª época, tomo XXVI, n° 3, septiembre-diciembre de 1967, pp. 239-284.
- SERRANO MAÍLLO, María Isabel, *Prensa, derecho y poder político. El caso Pinochet en España*, Dykinson, Madrid, 2002.
- SIMON, Jan-Michael, *Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público*, Separata del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung (ed.), Buenos Aires, 2001.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Emilio PFEFFER URQUIAGA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1994.
- VERDUGO, Patricia, *Los zarpazos del puma. La Caravana de la muerte*, Ediciones Chile-América CESOC, Santiago de Chile, 2001.
- VICUÑA FUENTES, Carlos, *La tiranía en Chile. Libro escrito en el destierro en 1928*, Prólogo de Volodia Teitelboim, Lom, Santiago de Chile, 2002.
- YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, publicadas bajo la dirección y con un Prólogo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, 166-181.

## Colombia

### A. Introducción

#### I. *La particularidad del caso colombiano: de la guerra como un problema jurídico*

El caso colombiano es muy particular en el contexto de los países que hoy incorporan el denominado Estatuto de Roma a su ordenamiento jurídico interno. A este país, es sobre todo la situación de conflicto armado crónico la que le ha dado una especificidad incluso en el contexto de los países latinoamericanos, países con los cuales Colombia comparte problemas comunes.

En razón de la situación reseñada, y en razón además del hecho de que en Colombia desde el siglo XIX, en el cual se independizó de la dominación española, se ha vivido en situación permanente de guerras civiles, la discusión jurídico-política ha estado condicionada por los conflictos armados. Para la racionalidad de Occidente, la guerra, el conflicto armado, es un hecho que se encuentra de plano desconocido por el orden jurídico. En la vieja fórmula de Hobbes, el Estado es concebido como negación de la guerra. Así, donde hay guerra no hay Estado, y donde existe Estado no puede existir la guerra.<sup>1</sup>

No obstante, en el caso colombiano, la guerra como una constante ha tenido que ser tematizada como un problema relevante para el derecho. En esta lógica se encuentran situadas múltiples figuras del derecho público que han sido incorporadas por las Constituciones Políticas desde el siglo XIX, y que han tematizado específicamente la situación de conflicto armado. Es el caso, por ejemplo, de la incorporación del denominado *derecho de gentes* en el ordenamiento jurídico interno. La consagración hoy del derecho internacional humanitario como estatuto regulador de los estados de excepción es una herencia genuina de la tradición de incorporar el lenguaje de la confrontación armada al lenguaje civil del derecho.

---

<sup>1</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán*, 1993 (1651), p. 107.

En este contexto en extremo problemático y muy particular es que se debe mover la reflexión en torno a la adopción del Estatuto de Roma en el caso colombiano. La comparación entre el derecho público interno y las normas del Estatuto está necesariamente condicionada por esta relación. Así, por ejemplo, el nuevo Código Penal se halla precisamente inscrito en la situación de ambigüedad entre la guerra y la paz que vive el país. Al mismo tiempo que se han incorporado en él normas propias para regular situaciones, por decirlo así, cuyo contexto es la paz consolidada, como es el caso de un hurto normal o, incluso, como es el caso de normas penales novedosas como la manipulación biológica, se han incorporado normas que se colocan en las fronteras entre la paz y la guerra: es el caso de las denominadas *infracciones al derecho internacional humanitario*. Mientras que en otros países se han requerido legislaciones especiales para incorporar normas que, por ejemplo, defiendan bienes protegidos por el derecho humanitario, en el caso colombiano estas normas —y desde luego, aquellas que se refieren a las personas protegidas— son incorporadas al derecho penal ordinario.

## II. *Reforma constitucional para la adopción del Estatuto de Roma*

El Estatuto de Roma ha sido incorporado a la legislación interna mediante reforma constitucional. Ello ha sido necesario en razón de la normatividad propia del Estatuto, que en algunas cuestiones fundamentales es distinta y contradice normas de carácter interno. El artículo modificado es el 93. Decía la norma en su texto original:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Durante los primeros años de vigencia de la Carta Política, tuvieron lugar arduas discusiones alrededor del sentido de la norma. Se ha discutido si los tratados prevalecen al orden interno, o si deben ser solo instrumentos fundamentales de interpretación jurídica. Cualquiera que sea el caso, en la Carta Política ya existía una norma que era propicia para la incorporación de preceptos normativos, aun muy especiales, como aquellos que componen el Estatuto de Roma. Así, entonces, en virtud de la reforma constitucional, al tenor reseñado se le ha agregado el siguiente texto normativo:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

En el proceso de reforma constitucional han participado todas las ramas del poder público. En primer lugar, intervino el órgano legislativo. Mediante el acto legislativo n° 02 de 2001, el Congreso de la República reformó el artículo 93 de la

Carta Política y allanó de esta forma el terreno para la posterior ratificación del Estatuto de Roma. Luego de ello, y después de ciertas discusiones de carácter técnico y de algunas diferencias iniciales entre el Congreso y el Gobierno, se estableció que este debía presentar un proyecto de ley aprobatoria del Estatuto de Roma. Se expidió entonces la ley n° 742 del cinco de junio de 2002, “por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Finalmente, por disposición constitucional, esta ley, aprobatoria de un tratado, debió ser revisada en su constitucionalidad por la Corte Constitucional. En extensa providencia, la n° C-578 de 2002, elaborada durante los meses de junio y julio de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la ley 742 de 2002. La sentencia de la Corte contiene múltiples elementos relevantes para la discusión y constituye uno de los documentos más importantes para evaluar cómo ha sido el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento interno de Colombia. La Corte busca aclarar, fundamentalmente, los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas del Estatuto de Roma. De esta forma, la Corte no se limita tan solo a declarar la constitucionalidad del Estatuto y a dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normatividad.<sup>2</sup>

Ahora bien, lo importante para un informe en una perspectiva comparada, en el cual se hace énfasis en la manera como la legislación penal interna se adecua históricamente a las tendencias de persecución de crímenes de derecho internacional, es aclarar que en el caso colombiano, además de la incorporación del Estatuto de Roma y de la reforma constitucional necesaria para ello, existe una compleja legislación interna que contiene delitos comprendidos en esta lógica general de persecución de los crímenes a los cuales se refiere el Estatuto de Roma. Por esta razón, en el presente informe se hace referencia, tanto a ciertos aspectos de armonización de la legislación constitucional interna con la reforma constitucional indicada, como a la legislación penal que contiene delitos que constituyen la base del Estatuto de Roma. Incluso, el énfasis mayor se hace en lo segundo, en la medida en que muestra de qué manera se ha organizado concretamente la legislación interna en función de la tendencia internacional de persecución de delitos de la mayor gravedad.<sup>3</sup> Teniendo en cuenta lo ante-

---

<sup>2</sup> A partir del texto de la reforma constitucional, en el cual se hace referencia a los efectos causados “exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada” en el tratado, la Corte reseña en detalle los aspectos más complejos del Estatuto, para buscar una armonía, basada en los límites de los alcances de sus normas, con el resto de las normas constitucionales. El juez constitucional habría podido, una vez reformada la Carta por vía del acto legislativo, adelantar un control meramente formal. Al contrario, lo que pretendió, con acierto, fue dejar establecidas aquellas bases jurisprudenciales necesarias para la interpretación posterior de las normas del Estatuto de Roma, cuando estas sean implementadas. Ello, en consonancia, además, con el literal *c* del artículo 21 del “derecho aplicable” del Estatuto de Roma, que se refiere a los principios desarrollados por el derecho interno de los respectivos países.

<sup>3</sup> El proceso de interpretación y aplicación de las normas penales debe tener en cuenta hoy el denominado “bloque de constitucionalidad”. Este ha estado presente, de hecho, en todo el proceso de

rior, se hace necesario, antes de desarrollar el índice previsto, reseñar aspectos fundamentales relacionados con la legislación penal interna, sin los cuales no se entiende correctamente el proceso de incorporación al cual se ha hecho referencia.

### III. *El nuevo Código Penal y los crímenes internacionales*

El nuevo Código Penal, expedido en julio de 1999 mediante la ley 599 de 2000, y cuya vigencia se consagró a partir de julio de 2001, sirve de base para la elaboración de este informe. Mientras en otras naciones se han diseñado legislaciones especiales, o se busca dar aplicación automática de las normas del Estatuto de Roma, tanto las que se refieren a los delitos en particular, como las que condicionan su aplicación o interpretación dogmática, en Colombia existe un Código Penal que contiene delitos concebidos por el Estatuto de Roma como delitos de *lesa humanidad*, o aquellos definidos como crímenes de guerra. La nueva legislación penal es anterior a la entrada en vigencia del Estatuto.

En el país hubo intentos, anteriores o concomitantes al nuevo Código Penal, de adaptación de la legislación penal interna a las tendencias en el ámbito internacional. Por ejemplo, la ley 589 del 7 de julio de 2000, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura y se dictan otras disposiciones”. Es importante destacar que el trámite que se dio a esta ley en el Congreso es prácticamente simultáneo al trámite y discusión del proyecto de ley del nuevo Código Penal, y su promulgación se efectuó apenas 20 días antes de este último. El verdadero debate sobre la tipificación de los delitos más graves dentro de los denominados, en el contexto internacional, de *lesa humanidad* tuvo lugar en el proceso legislativo de la mencionada ley 589, incorporada y ampliada en el nuevo Código Penal.

En los debates legislativos se percibió siempre la ambivalencia surgida por la pretensión de adelantar una protección nacional de los derechos humanos, acorde con las tendencias internacionales, y de hacerlo empero a través de normas penales que obedecen por principio a una lógica distinta de la del derecho internacional de los derechos humanos. Se recalcó, en múltiples ocasiones, que la tipificación en el ámbito interno de aquellas conductas rechazadas por la comunidad internacional pretende “lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>4</sup>

---

adopción del Estatuto de Roma, al mismo tiempo que ha sido fundamental en la expedición del Código Penal. En su artículo 2 hace referencia al *principio de integración*. Dice la norma en relación con dicho principio: “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”.

<sup>4</sup>Senado de la República, “Proyecto de ley n° 20 de 1998”, en *Gaceta del Congreso* n° 126, 22 de julio de 1998, p. 26.

Se recalca el fin último de la adaptación del derecho público interno a las demandas internacionales. Así, se establece, que “todas las normas están orientadas a un mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales en nuestro país”.<sup>5</sup>

Cuando se hace referencia aquí a la situación de ambivalencia, es en razón de que en las discusiones, y sin duda también en la práctica, el lenguaje del derecho penal, en relación por ejemplo con el bien jurídico a proteger, se sustituye por el lenguaje de los derechos humanos. Así, para citar un caso, en la discusión legislativa en torno a la ley 389, al hacerse referencia a las conductas tipificadas en el proyecto, se subraya que estas son “violatorias de los derechos humanos fundamentales”.<sup>6</sup> Se trata, entonces, según los legisladores, de “conductas gravísimas que lesionan derechos tan sentidos [...], por el conjunto de los países del mundo”.<sup>7</sup> Como lo afirma un estudio reciente: “estos tipos penales garantizan derechos antes que tutelar bienes jurídicos. Así por ejemplo, si bien la vida ha constituido siempre un bien jurídico protegido por el derecho penal, en relación con tipos como el de genocidio, es común emplear la expresión ‘derecho a la vida’ para referirse al bien cuya protección se persigue”.<sup>8</sup> Los mismos legisladores han reconocido que “los conceptos de crímenes de lesa humanidad y genocidio son propios del derecho penal internacional y no del derecho penal interno de los Estados”.<sup>9</sup>

En la discusión en torno a la ley 589 de 2000, prevaleció la idea de incorporar delitos como el genocidio o la desaparición forzada al nuevo Código Penal, como delitos de *lesa humanidad*. Dentro de la Comisión y en la Plenaria del Senado, se

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>7</sup> Senado de la República, “Comisión primera, acta n° 12 de 1998, octubre 20”, en *Gaceta del Congreso* n° 369, 23 de diciembre de 1998, p. 29.

<sup>8</sup> Claudia Medina, *Derecho penal*, 2002, p. 146. El estudio destaca que la doctrina también se mueve en esta posición intermedia entre el discurso del derecho penal y el discurso de los derechos humanos: “La doctrina nacional, por ejemplo, al referirse a los bienes que son lesionados con el delito de genocidio, afirma que ‘los bienes o derechos humanos afectados son los más fundamentales y esenciales’”. De allí por qué el uso de los términos es indistinto. “En lugar de hacer referencia a los múltiples bienes jurídicos que se protegen, se habla de que el genocidio ‘lesiona y ofende una diversidad de derechos humanos’, los cuales, en consecuencia, se enuncian en términos de derechos (derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la libertad, etc.)”. Jesús López, citado por Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 147.

<sup>9</sup> Congreso de la República, *Gaceta* n° 37, 7 de abril de 1999, p. 2. La situación de ambigüedad descrita produce consecuencias en la manera como la comunidad jurídica interpreta y aplica las normas penales. Con frecuencia, en la práctica cotidiana se tiende a confundir lo que es *delito* con aquello que constituye una *violación* de derechos humanos. Las fronteras, de hecho, son tenues, tanto más en un contexto en el cual se han generalizado acciones en contra de los derechos humanos. Pero las diferencias hay que preservarlas, porque de ello depende, además, que el funcionamiento de la norma penal sea consecuente y no se queden escritas las normas como meros propósitos sin opción de eficacia. La consistencia dogmática ayuda a despolitizar el discurso penal de los derechos humanos, discurso exacerbado tradicionalmente por posturas meramente ideológicas o políticas de coyuntura.

presentó la propuesta de expedir una norma, el artículo 1º, que haría introducción de un nuevo título en el Código Penal denominado “Delitos de lesa humanidad”. Este título contendría, en principio, los tipos de desaparición forzada, genocidio y tortura, y luego se incluirían también el desplazamiento forzado y la denominada “masacre”. Esta última se eliminaría más tarde.<sup>10</sup>

En momentos posteriores, los legisladores se dieron cuenta de la dificultad que acarrearía, desde el punto de vista de la racionalidad dogmático-penal, la consagración de nuevos delitos bajo la idea de *lesa humanidad*, flexible en derecho internacional pero impropia en el caso del derecho penal interno, para ser dispuesta como bien jurídico tutelable. La tensión y, muchas veces, confusión, entre bien jurídico tutelado por el derecho penal y protección de derechos humanos como política estatal se hace aquí evidente. Por ello, en la ponencia para segundo debate y como parte del pliego de modificaciones introducidas al proyecto de ley n° 142 de 1998, en la Cámara de Representantes se propuso eliminar el título de “Delitos de lesa humanidad”, pues se reconoció la gran dificultad que ello generaría en el momento de ser aplicado en el orden interno.<sup>11</sup> A continuación, se reseñarán las normas de Código Penal que sirven de base para ilustrar cómo opera en el país la persecución nacional de crímenes internacionales.

## **B. Los crímenes del derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

Es el primer artículo de la parte especial del nuevo Código Penal. Se encuentra ubicado dentro de los “delitos contra la vida y la integridad personal”. Es muy dicente, desde el punto de vista de la política criminal, que sea este el primer delito de la parte especial del Código Penal. Sin duda, la perpetración permanente de masacres indiscriminadas, en cuyo trasfondo se encuentra la intolerancia, ha impulsado en la conciencia jurídica colombiana la necesidad de que se castigue severamente este tipo de conductas. El artículo 101 del nuevo Código Penal establece lo siguiente:

---

<sup>10</sup> Así lo consideraron los legisladores: “Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no sólo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres”. “Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n° 20 de 1998”, Senado, en *Gaceta del Congreso* 185 del 17 de septiembre de 1998, p. 6.

<sup>11</sup> En última instancia, el peligro de la consagración de tipos penales extremadamente indeterminados, en blanco y, por ello mismo, con la obligación de remisión permanente al contexto internacional condujo a los legisladores a incorporar las conductas dentro de aquellos títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales. Al fin y al cabo, con base en el principio de integración, los instrumentos internacionales están presentes, de hecho, en la interpretación y aplicación de las normas. Cámara de Representantes, en *Gaceta del Congreso*, n° 450, 18 de noviembre de 1999, p. 6.

Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico, racial, religioso o político *que actúe dentro del marco de la ley*, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000), salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. [Cursivas añadidas.]

Enseguida, la norma consagra una serie de acciones que pueden tener lugar cuando resultados distintos de los enunciados en el primer inciso se produzcan, siempre y cuando se den con base en el mismo elemento subjetivo del tipo penal descrito. Dispone entonces la norma:

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco años (25), la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimientos de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Lo primero que es necesario aclarar en relación con este tipo penal es que la Corte Constitucional, a través de la sentencia n° C-17 de febrero de 2001, luego de estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo, declaró inconstitucional la frase que se ha colocado aquí en cursivas: *que actúe dentro del marco de la ley*. Es decir, con muy buen criterio, la Corte reconoció que, tal como estaba redactado, el artículo propiciaba, legalmente, que se pudiera cometer genocidio contra grupos ilegales. Se permitiría, por ejemplo, que miembros de un grupo guerrillero ocasionaran la muerte a miembros de un grupo de paramilitares o viceversa. Con ello, desde luego, quedaría desvirtuado el sentido de la norma. Este hecho se enmarca en el contexto general de un aspecto especialmente problemático en relación con el tipo penal. Se trata de la inclusión, en el caso colombiano, del denominado “genocidio político”. Como se sabe, este no se encuentra reconocido a escala internacional. Su inclusión fue arduamente discutida. También algunos autores tienen una postura crítica frente a ello, y llegan a afirmar que se ha distorsionado el contenido del tipo penal respecto de su desarrollo internacional, ya “que en el marco internacional, aunque existen debates sobre el ‘genocidio político’ y el ‘genocidio cultural’, sus fórmulas no han sido recogidas”.<sup>12</sup>

En el primer debate legislativo del proyecto de ley 142 de 1988, se estableció que era necesario darle al genocidio una tipificación independiente de los delitos de

---

<sup>12</sup> Augusto Ibáñez, “*El sistema penal*”, Bogotá, 2002, p. 43.

*lesa humanidad*, tal como se hacía en el plano internacional, y que no debía contener el genocidio político. En relación con este, se decía, por ejemplo, que ello generaría confusión en un país en conflicto armado, entre otras razones porque sería “posible concluir que los actos estatales violentos contra los grupos guerrilleros o de autodefensa serían actos de genocidio”.<sup>13</sup> Ello era ilógico, en la medida en que las fuerzas armadas tienen el deber de combatir estos grupos.

También el gobierno presentó objeciones a la inclusión de esta modalidad de genocidio. A su juicio, los grupos políticos carecen de identidad, no son homogéneos ni estables, ni fácilmente identificables. Además, según su criterio, ello dificultaría la acción de las autoridades en la persecución de grupos insurgentes, dado el reconocimiento de carácter político que el Estado les ha dado, con fines de negociación política. No obstante —y esta ha sido la posición dominante en el ámbito interno y, especialmente, en la Corte Constitucional—, se aceptó su inclusión, en la medida en que se concibe que los tratados internacionales contienen mínimos que pueden ser, sin embargo, ampliados en la legislación interna. Es decir, se establece que en el nivel interno se debe conservar el núcleo fundamental de un tratado o instrumento internacional, pero desde allí es dable expandir sus efectos, teniendo en cuenta la realidad nacional. Tiene sentido, en todo caso, la consagración de una forma de genocidio como esta, en un país en el cual grupos políticos, no armados pero situados en una especie de “zona gris” entre la sociedad civil y grupos insurgentes, han sido sistemáticamente perseguidos y violentados en sus derechos. En relación con las circunstancias de agravación, estas recogen de manera general las acciones que hacen parte de aquellas consideradas en el Estatuto de Roma como integrantes del genocidio.<sup>14</sup>

En relación con la norma señalada, es importante destacar que en el país se ha expedido recientemente el Código Disciplinario Único, con el objeto de sancionar las conductas de los servidores públicos o de aquellos particulares que en algún momento obren como tales. Varios sectores han criticado el hecho de que dicho Código abra un gran espectro criminalizante y obre en la práctica casi como una suerte de orden jurídico-penal. No obstante, para efectos de esta exposición, interesa destacar que en la parte especial del Código se consagran conductas, concebidas como *faltas gravísi-*

---

<sup>13</sup>“Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes a la Ley 142 de 1998”, *Gaceta del Congreso* n° 37, 7 de abril de 1999, pp. 3-4.

<sup>14</sup>Desde ahora se aclara que, en la reseña que a continuación se hace de cada una de las normas, no se detalla exhaustivamente la diferencia o similitud con las normas del Estatuto. En el caso de los crímenes de guerra, por ejemplo, este ejercicio demandaría un espacio mayor que el previsto para este informe. Las normas del Estatuto se entienden conocidas, de manera que el lector puede hacer la comparación en detalle. Tampoco se hace un análisis dogmático exhaustivo de cada norma, pues ello sería propio de un trabajo dedicado a capítulos de la parte especial del Código Penal. Aquí se destacan las similitudes y diferencias fundamentales de las normas del Código Penal con las del Estatuto de Roma, de tal manera que el lector tenga una visión clara y macro de dichas similitudes y diferencias, y pueda detectar tendencias concretas en el plano político criminal que existen en Colombia.

*mas*, que se asemejan a aquellas normas que en el Código Penal pueden ser reseñadas como integrantes del núcleo duro de derechos humanos. Así, en el caso del genocidio, el numeral 5° del artículo 48 del Código Disciplinario Único consagra como falta gravísima la siguiente:

Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

- a. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- b. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- c. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- d. Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro grupo.

Nótese la similitud existente entre las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 101 del Código Penal y las conductas castigadas como faltas gravísimas por el Código Disciplinario. Llamam la atención, desde luego, los cambios semánticos introducidos. Luego, en el mismo Código Disciplinario, en el numeral 6° del artículo 48, se consagra como falta gravísima una especie de genocidio:

Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno de sus miembros.

Extraña es la redacción del artículo, sobre todo en relación con esa noción de “colectividad fundada en motivos políticos”. Esto es un añadido, digamos, al texto del Código Penal. Ya se trató aquí el aspecto relacionado con el genocidio político, al cual hace referencia, como se ve, no solo la legislación penal, sino la legislación disciplinaria. En cualquier caso, hay que tener en cuenta la realidad concreta del país. Por eso se puede decir, de manera general, que a través de la tipificación del genocidio, a pesar de su redacción complicada, se trata de dar curso a la intención legislativa de perseguir tipos similares de conductas, cuando estas son cometidas no solo por funcionarios públicos, sino por particulares, y en el caso del Código Disciplinario, por funcionarios públicos. (Debe entenderse, además, que numerosas conductas que constituyen violaciones a derechos humanos generan consecuencias, tanto en el ámbito disciplinario como en el ámbito propiamente penal.)

Mucho se ha discutido en torno del bien protegido por el genocidio. Se dice, sobre todo en el ámbito internacional, que con esta norma se protegería especialmente la diversidad y se castigaría por ello la intolerancia. Pero ello genera sin dudas dificultades dogmáticas cuando se trata de la legislación penal interna. Lo mismo que ha sido anotado en relación con la noción de *lesa humanidad*. Por dicha razón, en el Código Penal colombiano se consagra el genocidio, dentro de las normas que protegen la vida y la integridad personal. No obstante, el fenómeno de la intolerancia sí se ha tenido en cuenta de una manera muy coherente en dicho Código, por la vía por ejemplo de las circunstancias de mayor punibilidad. Así, el artículo 58 establece, en el

numeral 3º, que constituye una circunstancia de agravación el hecho de que “la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”.

De esta forma, la consagración de causales de agravación articuladas sobre la idea de la intolerancia, relacionadas con acciones situadas en la lógica de los derechos humanos, como es el caso del tipo penal del genocidio, aumenta el espectro de interpretación de conductas dentro del nuevo Código Penal, que si bien en principio pueden situarse en una frontera no muy clara entre meros delitos y violaciones de derechos humanos, si se logra demostrar el móvil de la intolerancia o la discriminación, entran a ser parte de aquellas conductas que constituyen verdaderas violaciones.

De acuerdo con lo anterior, el caso mismo del homicidio sufre cambios importantes cuando constituye una violación de derechos humanos. Es claro que un homicidio simple no lo es: constituye un delito. Pero, cuando se trate de un homicidio agravado por haber sido cometido por móviles de intolerancia, sí puede serlo. Lo que sucede es que no toda forma de la intolerancia se sitúa necesariamente en el contexto de las violaciones. Así, por ejemplo, si se trata de un homicidio que se comente contra un homosexual o contra una prostituta, en principio no se trataría de una violación de derechos humanos. Pero si se trata, por ejemplo, de campañas generalizadas de exterminio, de aquellas llamadas de “limpieza social”, entonces el acto sí adquiere claridad en cuanto a violación de derechos humanos se refiere.<sup>15</sup>

El fenómeno del homicidio sufre otras variantes fundamentales. Es el caso, por ejemplo, del homicidio o de las lesiones personales consagrados en los artículos 135 y 136 del Código Penal, que se refieren a personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Aunque en otro aparte se hará relación a las infracciones al derecho humanitario, se debe destacar aquí que, cuando se trate de un homicidio en persona protegida, necesariamente se estará ante un hecho con relevancia para el discurso de derechos humanos. Se trata de crímenes de guerra. De la misma forma, el numeral 9º del artículo 104 se refiere al homicidio agravado cuando el sujeto pasivo sea *persona protegida distinta a la contemplada en el título II del código*. Es decir, además de las normas que propiamente castigan las infracciones al derecho humanitario, se consagran otras que, como en este caso, a pesar de referirse ellas de manera general al

---

<sup>15</sup> En casos de violaciones de derechos humanos, es frecuente que uno de los criterios que se tienen en cuenta para considerar un hecho como tal es el tipo de sujeto contra el cual se adelanta la conducta. Hay una decisión política que asigna especial vulnerabilidad a ciertos sujetos y les otorga un estatus especial de protección. Pero más allá de la decisión política, con los nuevos tipos penales introducidos por el Código Penal se gana en cuanto a la precisión, desde el punto de vista penal, en el tratamiento de ciertos hechos como violaciones de derechos humanos. El estrecho ámbito de la mera decisión política en torno a sujetos especialmente vulnerables se abre en función de la generalidad del precepto penal.

homicidio agravado, también hacen relación a la persona protegida. Se busca de manera sistemática proteger a personas que se hallan en una especial situación de vulnerabilidad. Tanto más importante es ello cuando se trata del caso colombiano, país que vive un conflicto armado interno endémico. La importancia de la noción de persona protegida estriba, además, en el hecho de que esa persona, a diferencia de lo que sucede con dinámicas tradicionales en la política de derechos humanos, se coloca más allá de toda decisión política en torno a su especial vulnerabilidad.

Por último, en relación con el homicidio, que se ha destacado aquí de manera especial porque puede situarse en algunos casos en una lógica similar al genocidio, se debe destacar que, en el mismo artículo 104 señalado, se consagra otra causal de agravación importante. El numeral 10° agrava la conducta cuando esta se “comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello”. Coincide este precepto con lo dicho anteriormente: en situaciones de conflicto generalizado, surgen personas contra quienes de manera permanente se ejercen distintos actos de violencia por el hecho de ser quienes son: periodistas, sindicalistas, etc. Se trata de personas que de manera general son sujetos de una especial protección. Lo interesante de la disposición reseñada es que, independientemente de la decisión política que se adopte en función de ciertos sujetos especiales de protección, siempre que un homicidio se cometa contra estas personas se tratará de un homicidio agravado. El derecho penal toma entonces conciencia de su vulnerabilidad y les otorga un estatus especial de protección. El derecho penal se sitúa, en este caso también, más allá de la mera decisión política.

Para finalizar este aparte, relacionado con el genocidio, se destaca el artículo 102 que se refiere a la “Apología al genocidio”. Dice la norma:

El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

## **II. Crímenes contra la humanidad**

Es necesario aclarar que la estructura del Código Penal es diversa de la estructura del Estatuto de Roma. No existen delitos en la legislación penal ubicados bajo la denominación de delitos de lesa humanidad. Existen, no obstante, conductas que pueden ser ubicadas en el contexto general de *núcleo duro de derechos humanos*. Con base en diversas normas del Código Penal, se puede establecer que dicho núcleo estaría conformado por el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura. Desde aquí se puede hacer un balance y una comparación en relación con aquellos crímenes que son consagrados en el Estatuto como crímenes contra la humanidad.

Debe aclararse, además, que los delitos que se reseñan a continuación hacen parte de acciones individuales y, por esta razón, en ellos no se configura el denominado “elemento contextual”. Es decir, no están condicionados al hecho de que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, tal como lo establece el artículo 7 del Estatuto de Roma. En el caso del desplazamiento forzado, en Colombia se exige que no se trate de un traslado de población propio de una acción militar necesaria. De allí se podría inferir que, cuando dicho desplazamiento no tenga lugar en virtud de dicha necesidad militar, sí se configuraría el elemento contextual. Pero, aun en este caso, ello no debe interpretarse de una manera tan extensiva.

### *Desaparición forzada*

Está consagrada en el artículo 165 del nuevo Código Penal. La norma está llena de elementos normativos, jurídicos y extrajurídicos, además de tener una redacción muy compleja. Se trata de una norma que representa el producto de muchos años de discusión y de oportunidades fallidas para ser incorporada a la legislación penal. El artículo establece lo siguiente:

El particular *que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años [...] [Cursivas añadidas.]

Como en el caso del genocidio, la Corte declaró inconstitucional la alusión al “grupo armado al margen de la ley” (sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002). También aclaró que basta con que se concrete la falta de información sobre el paradero de una persona para configurarse la conducta. Como se ve, la norma queda, en esta primera parte, referida de manera general al particular. De todos modos, respecto del servidor público, la norma se refiere a él enseguida:

[...] a la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Como se ve, se trata de una redacción problemática, pues no se entiende muy bien por qué razón se divide la norma en dos incisos, cuando el segundo, que se refiere al servidor público, no contiene por ejemplo una sanción más grave. En cualquier caso, se trata de una conducta que puede ser cometida por cualquiera. Para diferenciarse, por ejemplo, del secuestro o de otros delitos contra la libertad, se subraya en la norma la protección de la personalidad humana como constructo jurídico: el derecho a *ser persona* y ser tratado como tal en el contexto de un orden jurídico. La conducta sustrae precisamente a la persona del amparo de la ley.

Respecto de las normas que protegen la libertad, puede decirse que se encuentran ciertas similitudes —aunque se subraya la carencia absoluta del “elemento contextual”— entre las normas del Código Penal contenidas en los artículos 174 al 177 y las acciones previstas en el artículo 7, *e*, del Estatuto de Roma. Son normas que regulan la detención arbitraria, la prolongación ilícita de privación de la libertad, la detención arbitraria especial y el desconocimiento del hábeas corpus, todas ellas caracterizadas en el Código Penal por el hecho de que el sujeto activo es siempre el servidor público.

El artículo 166 consagra diversas y complejas circunstancias de agravación de la desaparición forzada. En primer lugar, la desaparición se agrava “cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción”. Es decir, si bien el inciso segundo del artículo 165 se refiere al servidor público de manera genérica, la conducta se agrava en el caso específico de ciertos funcionarios con calidades especiales. (Todo esto puede generar mucha confusión porque se trata de “escalas”, por decirlo así, de personas que pueden ser sujetos activos de la conducta. Se pudo aclarar de una vez en la redacción inicial del texto.)

Luego se agrava la conducta si se comete contra discapacitados o contra personas especialmente indefensas. Así, de la misma forma que en el caso del homicidio, en la desaparición también se consagran ciertos sujetos pasivos respecto de los cuales se agrava la conducta. En el caso del numeral 4°, no solo se consagran como sujetos pasivos los mismos que en el caso de ciertos homicidios agravados —como por ejemplo, jueces de paz, sindicalistas, religiosos, testigos de crímenes—, sino que también se destaca, para ser clara la alusión al contexto general de derechos humanos en el cual se mueve la norma, a “defensores de derechos humanos”. De nuevo, la norma subraya la intención general del Código en función de la protección de la diferencia: es agravada la conducta si se comete contra cualquier persona, “por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia”. En el numeral 6° se agrava la conducta cuando esta se “cometa utilizando bienes del Estado”. Por su parte, el numeral 7° lo hace cuando “se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito”.

La norma reseñada consagra además un caso que puede ser típico de imputación al tipo objetivo. Esta teoría del nexo causal puede tener una aplicación interesante en la causal 8ª del artículo 166: se agrava la conducta cuando, por causa de la desaparición, sobrevenga a la víctima muerte o lesiones de diversa índole. Quiere decir que no es necesario indagar sobre el problema del dolo, de la intención del sujeto activo, y no se trataría de la preterintención como forma de la culpabilidad; se trata de una imputación, desde el ámbito de la tipicidad, al tipo objetivo. Es decir, se resuelve el problema simplemente verificando el nexo causal. El Código es coherente aquí con disposiciones de la parte especial que deben ser bien leídas a partir de la parte general (artículo 9 del código). A propósito de este artículo, debe reseñarse que el procedimiento de

imputación propio de estas conductas debe seguir, por disposición legal, los presupuestos de la norma. Aquí se perciben diferencias con las normas del Estatuto de Roma. En el caso colombiano, el artículo 9 establece en el primer inciso: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

De la misma forma que en el caso del homicidio, en los delitos que, como la desaparición, están situados en el ámbito de la protección de la libertad, es necesario ser cautos en su interpretación en el contexto de la persecución nacional de crímenes hoy rechazados por la comunidad internacional. Es el caso del secuestro y, a partir de normas especialmente complejas como las situadas en el capítulo 4° de este mismo título, el caso de la detención arbitraria. En este caso es necesario hacer lecturas sistemáticas de las normas, aplicar el principio de integración y actuar en consonancia con criterios señalados. En el Código Disciplinario también se sanciona esta conducta, a través del numeral 8° del artículo 48, que se refiere a las “faltas gravísimas”.

### *Tortura*

Artículo 178. En este caso se produce, desde el punto de vista del principio de integración, un hecho interesante: la norma penal es más amplia en sus alcances, sobre todo en relación con el sujeto activo, que las convenciones o instrumentos tradicionales que tematizan este tipo de violación. Ellas se refieren, en general, a sujetos activos cualificados como funcionarios, mientras que en el caso del nuevo Código, el sujeto activo es indeterminado. Incluso en el caso del Estatuto, el literal *e* del artículo 7, numeral 2, se refiere al hecho de causar intencionalmente sufrimientos a “una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control”. La redacción, en el caso colombiano, hace más compleja la interpretación, particularmente en relación con las fronteras entre las acciones que constituyen los verbos rectores de las normas y aquellas que constituyen lesiones personales u otras conductas. Al mismo tiempo, su redacción imposibilita de antemano reconocer cuándo se trata de crímenes tematizados en el ámbito internacional y cuándo se trata de acciones que, aunque puedan ser constitutivas de tortura, no entran, se podría decir, en el ámbito de las violaciones a derechos humanos.

Desde el punto de vista de la comparación entre el Código Penal interno y las normas del Estatuto, como en todos los delitos de lesa humanidad, un aspecto clave radica en la redacción del numeral 1 del artículo 7 del Estatuto: como crímenes de lesa humanidad se entenderán los diversos actos señalados por la norma, “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Muchos casos de tortura, de acuerdo con la legislación penal, no entrarían en esta condición señalada. De allí por qué en este informe se insiste en la diferencia, que es necesario ir desarrollando con especial cuidado, entre meros delitos y violaciones de derechos humanos. En el caso concreto de la tortura, desde el punto de vista dogmático, es necesario tener en cuenta claves dogmáticas como, por ejemplo, la correcta adecuación típica en función de los ele-

mentos normativos, o reglas de imputación objetiva que aclaren el problema de la tipicidad. También debe tenerse en cuenta, por supuesto, si la tortura se comete contra persona protegida. La norma reseñada establece lo siguiente:

El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.

La norma establece multas y penas accesorias. Enseguida, en el numeral segundo, aparece una alusión críptica: “En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior”. ¿Por qué se establecen primero unos fines concretos y luego se hace alusión genérica a cualquier tipo de fin? Ya la norma es suficientemente compleja como para desestructurarla dogmáticamente con alusiones genéricas. De esta forma, las fronteras entre las acciones constitutivas de tortura y las meras lesiones, por ejemplo, se hacen más tenues y todo ello conspira con una verdadera eficacia del precepto normativo. Al final, la norma establece una condición similar a la señalada en el Estatuto: “no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones ilícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”. Debe tenerse muy en cuenta la noción de *única-mente*: ella condiciona, como parte fundamental del modelo descriptivo de la conducta, la posibilidad de la excepción.

El artículo 179 consagra causales de agravación punitiva. En este caso, a través del numeral 2° de la norma, sí se hace relación al servidor público. De esta forma, la tortura es un tipo penal con sujeto activo indeterminado, pero, cuando se trate de un sujeto calificado, se agrava la conducta. Además, el mismo numeral se refiere al “particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia” del servidor público.

Por su parte, de la misma forma en que lo hace el Código en las normas que hacen parte del aquí llamado *núcleo duro de derechos humanos*, se agrava la conducta cuando se trate de sujetos especialmente vulnerables. En este sentido, por vía de la agravación, se hallan más semejanzas entre la redacción del artículo 7 del Estatuto de Roma, en cuanto a ataques sistemáticos o generalizados contra inocentes, y las normas del Código Penal. Incluso, ello no es claro tan solo respecto de los sujetos vulnerables que pueden ser objeto de persecución sistemática, sino que lo es también en relación, por ejemplo, con otra causal de agravación que también se repite en las normas mencionadas. Se trata de la comisión de las conductas “utilizando bienes del Estado”. También se agrava, desde luego, como lo establece en este caso el numeral 6°, cuando la tortura se cometa “para preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito; o para impedir que la persona intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias”.

El Código Disciplinario hace relación a conductas constitutivas de tortura en el numeral 9° del artículo 48, sobre faltas gravísimas. Se subraya también, en este caso,

tal como lo hace el Código Penal, el castigo por intolerancia. La norma se refiere a la coacción “por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

### *Desplazamiento forzado*

Está regulado en el artículo 180, modificado por el decreto 2667 de 2001, artículo 1. Es un tipo penal muy complejo, que debe leerse en consonancia con el mismo hecho, ocasionado empero en desarrollo del conflicto armado (artículo 159). Establece la norma lo siguiente:

El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años. [También se penaliza la conducta con multas.]

Por su parte, el segundo inciso establece:

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de la población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Como se observa, este inciso debe leerse de manera restrictiva, tal como lo dice la norma al referirse no solo a cualquier razón militar, sino a aquellas que sean absolutamente imperiosas. Así, la norma debe leerse de manera sistemática con el artículo 159, y de conformidad con la condición que trae el artículo 180, segundo inciso.

La lectura sistemática de la norma sobre desplazamiento no solo debe hacerse en función de aquellos preceptos que dentro de la legislación penal se refieren al desplazamiento estrictamente, sino en relación con otras normas. La víctima de esta conducta, en la medida en que se trata de un tipo penal de aquellos denominados pluriofensivos, es en general víctima de otras conductas que atacan o amenazan su vida o integridad, por ejemplo. Pero al mismo tiempo puede ser víctima del mismo Código Penal. Es por eso que frente al desplazamiento se debe evitar lo que puede denominarse aquí el proceso de *doble victimización* del desplazado: de un lado, es víctima de la conducta como tal y, del otro, recibe en general un reproche social en el lugar donde le toca por fuerza mayor acomodarse. Ese reproche no solo obra desde aquel ámbito que la criminología ha denominado *control social informal*, sino que alcanza incluso la reacción penal o en todo caso, la reacción institucional. En casos de violaciones que, como el desplazamiento, comprometen acciones múltiples, la acción criminalizante para castigar la conducta debe acompañarse de un esfuerzo serio de política social y de prevención, no solo para apoyar al desplazado, sino para evitar que sea incriminado a través de normas del Código Penal mismo.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> En el mes de octubre de 2002, un desplazado, desesperado por su situación familiar, tomó como rehenes, con una pequeña arma cortopunzante, a unas personas en una institución. Se hizo un operativo enorme para desarmarlo, se le dio tratamiento del más violento secuestrador y se dijo, en

Finalmente, en relación con el desplazamiento, debe reseñarse que el Código Disciplinario, en el numeral 10° del artículo 48, consagra como falta gravísima el ocasionar, “mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia”.

### *Apartheid*

El artículo 147 del Código Penal se inscribe en una lógica similar al crimen de *apartheid* consagrado en el artículo 7, j, del Estatuto de Roma. Pero, mientras que en el Estatuto la norma se refiere a crímenes de *lesa humanidad*, en el caso colombiano su alusión indirecta se encuentra dentro de las normas que protegen el derecho internacional humanitario. No existe una norma en el caso colombiano con el sentido que se le ha dado en el Estatuto de Roma: la persecución institucionalizada, a la manera como la vivió Sudáfrica, por ejemplo, desde un régimen que convierte dicha persecución en política estatal. No obstante, esta norma, con ocasión del conflicto armado, castiga a quien “realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”. La pena que se impone es de cinco (5) a diez (10) años de prisión.<sup>17</sup>

### **III. Crímenes de guerra**

#### *1. El concepto de persona protegida*

Una de las reformas más complejas que se han introducido a la parte especial del nuevo Código Penal es el conjunto de normas que componen el título II y que están enmarcadas dentro de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Quizá en ningún otro conjunto de normas se expresa con tanta claridad el carácter específico del caso colombiano, la peculiaridad de encontrarse este país situado en los límites entre la guerra y derecho. Dentro del Código Penal, que en principio debe funcionar sobre el presupuesto fáctico de la paz, se consagran normas que reconocen, al contrario, la existencia fáctica de la guerra.

Desde el punto de vista técnico, se debe leer o indagar, en el caso de un homicidio, por ejemplo, si este es un homicidio simple, cometido por cualquier ciudadano

---

primera instancia, que sería procesado como terrorista. Por fortuna, con un mínimo de racionalidad, la fiscalía general reconoció su situación extrema y evitó una incriminación absurda.

<sup>17</sup> Tal como se indicó previamente, el Código Penal ha sido especialmente sensible al problema de la intolerancia. Desde este punto de vista, se podría decir que existe en el país una normatividad que de alguna forma puede tematizar lo que en el Estatuto constituye el *apartheid*. Tal como fue señalado, todas las conductas pueden ser agravadas si han sido cometidas bajo el móvil de la intolerancia. Además, en delitos especiales, como el homicidio o la desaparición forzada, se agrava directamente si se ha cometido contra ciertas personas por móviles de intolerancia de cualquier tipo. Es necesario, en estos casos, adelantar lecturas sistemáticas de la legislación penal.

contra otro cualquiera en condiciones “normales” de funcionamiento de la norma, o si, en cambio, se trata de un homicidio ocurrido dentro del mismo Estado y de la misma sociedad, pero en el marco de la confrontación armada. Particularmente, como ocurre en el caso colombiano, de la confrontación armada entre particulares. En este caso es necesario, entonces, cambiar de perspectiva dentro del mismo Código Penal. Una en función de la paz, digamos, y otra en función de la guerra, aunque se reconoce que las fronteras, particularmente en casos de derechos humanos, tienden a diluirse muchas veces en la práctica.

La clave de entrada, por decirlo así, al ámbito de la tipicidad de estas conductas está dada de alguna forma por un elemento normativo jurídico: la noción de *persona protegida* (además de la noción de *bienes protegidos*). Esta noción de persona protegida exige su interpretación de acuerdo con el derecho internacional. Aquí se aplica el principio de integración consagrado en el artículo 2° del Código Penal. El artículo 135, por ejemplo, que ya ha sido visto de manera sistemática cuando se hizo referencia al homicidio, consagra el homicidio en persona protegida. Así, entonces, en el proceso de adecuación típica, se debe constatar la conducta, siempre y cuando sea cometida contra persona protegida. De esta forma se entra en el título de las infracciones al derecho humanitario.

Además del criterio de persona protegida, se debe tener en cuenta, como base para la interpretación y aplicación de las normas, la cuestión, puramente fáctica, de la existencia de un conflicto. Es decir, el caso del conflicto mismo no constituye, como se desprende claramente del artículo 3 común de los convenios de Ginebra y de los protocolos adicionales del 77, un ingrediente normativo. No se trata de una concepción necesariamente normativa: la normatividad surge precisamente luego de la constatación fáctica del conflicto. Así, entonces, en la aplicación de estas normas entran en juego dos aspectos sustanciales, uno de carácter normativo y el otro de carácter fáctico: la noción de persona protegida y la existencia de un conflicto armado interno. Los artículos que componen este título van desde el 135, sobre homicidio en persona protegida, hasta el 164, que se refiere a la “destrucción del medio ambiente” con ocasión del conflicto armado.

Artículo 135, homicidio en persona protegida. La conducta tiene una sanción de treinta (30) a cuarenta años (40). En el nuevo Código Penal, la sanción máxima para la pena de prisión es de 40 años. El artículo contiene un parágrafo en el cual se aclara quiénes son personas protegidas. Son éstas:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan de las hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Se observa que el Código Penal consagra las normas que existen en el ámbito internacional y, además, aquellas que, como los protocolos adicionales del 77, están dispuestas para los conflictos armados de carácter interno. Asimismo, deja abierta la posibilidad de obedecer otros instrumentos que sean adoptados en el futuro. De igual forma, como se ha señalado en el caso de las circunstancias de mayor punibilidad en el homicidio, se abre todavía más el margen de interpretación respecto de la noción de persona protegida, en la medida en que en el numeral 9° del artículo 104 se agrava la conducta cometida contra aquellas personas protegidas que no estén previamente definidas en el título segundo del Código. (De la misma manera ocurre con otras conductas, como la desaparición forzada, por ejemplo.)

El artículo 136 se refiere a “lesiones personales ocasionadas contra persona protegida”. La pena es la misma establecida para el delito de lesiones, en su configuración ordinaria, pero incrementada hasta en una tercera parte. Como se ve, aquí opera el sistema de interpretación de la ley penal, al cual se ha hecho referencia: para casos ordinarios, se aplica el Código en sus artículos sobre delitos contra la vida y la integridad. Pero, una vez que tenga lugar el conflicto armado, entonces el intérprete deberá buscar las normas del título II y, en este caso, incrementar la pena.

El artículo 137 se refiere a la tortura en persona protegida; la pena es de diez (10) a veinte (20) años. El artículo 138 se refiere al caso del “acceso carnal violento en persona protegida”; la pena prevista es de diez (10) a dieciocho (18) años. El artículo 139 se refiere a los “actos sexuales violentos en persona protegida”; la pena prevista para la comisión del delito es de cuatro (4) a nueve (9) años. El artículo 140 establece circunstancias de agravación comunes a los dos artículos anteriores. La norma se refiere a las mismas circunstancias y a la punibilidad contenida en el artículo 211 del Código Penal, que hace referencia a la comisión de la conducta en concurso con otras personas, cuando se comete contra menores de 12 años, además de otras circunstancias. Por su parte, el artículo 141 se refiere a “la prostitución forzada o esclavitud sexual” (también en persona protegida). La pena prevista por la norma es de diez (10) a dieciocho (18) años de prisión.

El artículo 143 se refiere a la “perfidia”. Se trata de una denominación que desde el lenguaje común indica un engaño, una acción dirigida a desconcertar y confundir al otro. Ha sido adaptada al caso del conflicto armado y contiene un ingrediente subjetivo: el que “con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de la cruz roja...”. La norma destaca toda suerte de signos. La pena prevista es de tres (3) a ocho (8) años.

En otro lugar, en el artículo 153, el Código hace referencia a la “obstaculización de tareas sanitarias”. Se trata de castigar a quien obstaculice la ayuda que en conflictos

armados brindan los médicos y, en general, el personal de salud. La pena prevista es de tres (3) a seis (6) años. También, en otro lugar, en el artículo 158, el Código se refiere a las “represalias”. Con ello entiende el llevar a cabo represalias o actos de hostilidad contra personas o bienes protegidos. La pena prevista es de dos (2) a cinco (5) años.

Por su parte, el artículo 159 se refiere a la “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil”. La pena prevista es de diez (10) a veinte (20) años. Tal como se señaló en su momento, esta norma hace parte del conjunto de disposiciones que pretenden, en el contexto de la paz y desde la guerra —el problema del desplazamiento interno en Colombia está directamente relacionado con el conflicto armado—, regular un problema que hoy en día tiene cifras descomunales: más de 2.500.000 personas en un país con 42 millones.

El artículo 160 se refiere a los “atentados a la subsistencia y devastación”. La pena prevista es de cinco (5) a diez (10) años. El artículo 152 se refiere a la “omisión de medidas de socorro y asistencia alimentaria”. La norma se refiere a medidas a favor de persona protegida. La pena prevista es de tres (3) a cinco (5) años. Es interesante el análisis y sus consecuencias, desde el punto de vista de la posición de garante, por ejemplo, de las exigencias de protección de población civil en escenarios de conflicto. La figura debe leerse con base en la tecnificación que en el nuevo Código Penal se ha hecho del delito de omisión. El punto de partida para la interpretación deber ser siempre y en todo caso el de la existencia del conflicto armado. Ello ocurre, de la misma forma, con el artículo 161, que se refiere a la “omisión de medidas de protección de la población civil”. La pena prevista para este delito es de cuatro (4) a ocho (8) años.

El artículo 148 se refiere a la denominada “toma de rehenes”. La pena es muy alta: oscila entre veinte (20) y treinta (30) años. Además, conlleva una serie de penas accesorias. El artículo 149 se refiere a la “detención ilegal y privación del debido proceso”. Es una norma que guarda similitudes con la que castiga la desaparición forzada, pero el acento se marca en el hecho, reconocido también por el Estatuto de Roma, de la sustracción de la persona a “su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial”. La pena prevista es de diez (10) a quince (15) años.

El artículo 150 se refiere al “constreñimiento a apoyo bélico”; la pena prevista es de tres (3) a seis (6) años. El artículo 151 se refiere al “despojo en el campo de batalla” —se trata del “despojo de sus efectos a un cadáver o a persona protegida”—; la pena prevista es de tres (3) a diez (10) años.

Hay un grupo de tres normas que se reseñan aquí separadamente, porque ayudan a interpretar con acierto el problema suscitado por la adopción, por el Estado colombiano, de la salvedad prevista en la disposición transitoria contenida en el artículo 124 del Estatuto de Roma. Se trata de los artículos 144, 145 y 146. El artículo 144 se refiere a “actos de terrorismo” adelantados con ocasión del conflicto armado. (En el contexto de la reflexión sobre el terrorismo, se reseñará en detalle.) La pena prevista

es de quince (15) a veinticinco (25) años. El artículo 145 se refiere a los “actos de barbarie” cometidos con ocasión del conflicto armado. Se trata de aquellos actos que, fuera de los casos previstos expresamente como conductas punibles y sancionados con pena mayor, consistan en “no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate”, en “abandonar a heridos o enfermos”, o en realizar “actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en los tratados internacionales”. La pena prevista es de diez (10) a quince (15) años.

La norma, como se ve, está llena de elementos normativos jurídicos y extrajurídicos y es, en general, un tipo penal en blanco. Se trata de normas que contienen varios verbos rectores y luego se remiten de manera general a tratados internacionales. Es muy discutible —y no solo frente a esta norma, sino frente a muchas otras— su tipificación. El grado de indeterminación de este tipo de preceptos es muy grande, y el reproche claro que contra ellos se puede hacer no se adelanta tan solo desde el punto de vista garantista en función del principio de legalidad, sino que se hace en función de la posible eficacia de las normas. La norma penal, cuanto más precisa, más eficaz.<sup>18</sup>

El artículo 146 hace referencia a los “tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida”. Se trata, como en el artículo anterior, de conductas que se castigan, siempre y cuando no constituyan otro delito. La norma hace referencia a quien “inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado conforme a las normas médicas generalmente reconocidas”.

Las tres normas anteriores se han reseñado en un acápite especial, pues ellas sirven para entender los límites tradicionales que legislativamente se le han impuesto al delito de rebelión —incorporado en los códigos penales colombianos en la lógica de la guerra— en cuanto hace a la conexidad de ciertas conductas con el mismo delito. Como se verá más adelante, ello es importante porque del factor de la conexidad depende, técnicamente, la concesión de amnistías e indultos.

El artículo 162 hace referencia al “reclutamiento ilícito”. Se trata de un problema especialmente grave en el caso colombiano. La norma se refiere a menores de 18 años —en el Estatuto de Roma la edad es de 15 años—. La pena prevista es de seis (6)

---

<sup>18</sup> El problema de fondo que tiene lugar aquí es que la indeterminación de los tipos penales es un fenómeno recurrente en relación con aquellas conductas que, en el ámbito de derecho interno, pretenden incorporar convenciones internacionales sobre determinados temas, como por ejemplo la tortura, el uso de minas, etc. En las convenciones se utilizan, y ello es adecuado porque el sentido y la intención de la convención es otro, múltiples verbos alrededor de una conducta. Luego, con buena intención, el legislador tiende a transcribir todas las conductas y, de manera automática, los convierte en verbos rectores. Piensa que cuanto más alto el número de conductas reseñadas en el tipo penal, mayor será el alcance de la protección. Pero en la práctica ello no sucede así.

a diez (10) años. El artículo 163 se refiere a la “exacción o contribuciones arbitrarias”. Es otro caso especialmente complejo en la realidad colombiana, ya que la norma reconoce el hecho de que el Estado es sustituido por diversos actores en su tarea de recoger contribuciones ciudadanas. Debe recordarse aquí que, como lo señala por ejemplo Norbert Elias, el Estado moderno se caracteriza no solo por el proceso de monopolización de la violencia, sino por el de la recolección de los impuestos.<sup>19</sup> En este sentido es crítica la situación del precario Estado colombiano.

Como se ha señalado previamente, en el contexto de las normas que se refieren al derecho internacional humanitario, el artículo 179 hace referencia a conductas eventualmente consideradas en el contexto del *apartheid*. Se castiga a quien “realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”.

## 2. El concepto de bien protegido

En relación con los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se encuentra el siguiente grupo de normas. El artículo 154 se refiere a la “destrucción y apropiación de bienes protegidos”. La norma sanciona aquella apropiación o destrucción de bienes —siempre y cuando estas acciones no constituyan otros delitos— “por medios ilegales o excesivos” y en “relación con la ventaja militar concreta prevista”. Así como lo hace el artículo 135 en relación con la noción de *persona protegida*, esta norma también aclara la noción de *bien protegido*. (La pena prevista en la norma es de cinco [5] a diez [10] años de prisión.) De acuerdo con la ley, son bienes protegidos los siguientes:

1. Aquellos bienes que son de carácter civil que no sean objetivos militares.
2. Los culturales y los lugares destinados al culto.
3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.
4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.
5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Como se observa en esta y otras normas ya reseñadas, el Código Penal no insiste solamente en la noción de *humanidad*, como referencia genérica cuando se trata de las personas protegidas, sino que se hace también relación al *exceso* en el conflicto armado. Desde los convenios de La Haya que hacen parte del derecho internacional de los conflictos armados, sobre todo en la regulación de las armas de la guerra, este problema es fundamental: el exceso en el uso de armas o el exceso en el uso de las ventajas de la guerra. Son elementos claros de la tipicidad de la conducta, que exigen del fiscal y del juez un conocimiento minucioso de las leyes de la guerra.

---

<sup>19</sup>Norbert Elias, *El Proceso*, 1977, pp. 344 y ss.

El artículo 155 se refiere a la “destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario”. La norma concierne a toda la constelación de instalaciones y medios de transporte sanitario. Incluye una condición: la destrucción de dichos bienes o instalaciones se castigará siempre y cuando no se justifique bajo “imperiosas necesidades militares”. Así como en la norma que se refiere al desplazamiento de poblaciones que obedece a imperiosas necesidades militares, en este caso el intérprete debe ser muy cuidadoso para saber evaluar cuándo se trata estrictamente de acciones militares imperiosas. La pena prevista es de cinco (5) a diez (10) años.

El artículo 156 se refiere a la “destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto”. Ya está reseñado este hecho en el artículo 154, numeral 2°, pero el artículo 156 amplía los alcances de la conducta a lugares históricos, obras de arte, instalaciones educativas, etc. La pena prevista en la norma es de cinco (5) a diez (10) años de prisión.

El artículo 157 se refiere al “ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”. Con esta noción de *fuerzas peligrosas* se hace referencia a “presas” de agua, a “diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras”. La norma también se refiere a la salvedad de tratarse de imperiosas necesidades militares, así como a la necesidad de que dichas fuerzas se encuentren debidamente señaladas con los signos convencionales. La pena prevista para estas acciones es de diez (10) a quince (15) años. La norma contiene una alusión a una consecuencia que perfectamente puede ser tematizada bajo la figura de la imputación objetiva: “si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, la pena será de quince (15) a veinte (20) años”. Finalmente, el artículo 164 se refiere a la “destrucción del medio ambiente”. Así, se castiga a quien, con ocasión del conflicto armado, “emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”. La pena es de diez (10) a quince (15) años.

#### **IV. Sobre el crimen de agresión**

No está tipificado el crimen de agresión.

#### **V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional: el caso del terrorismo**

En el Código Penal de 1980 fue incorporada, por primera vez en el ordenamiento colombiano, la figura del terrorismo. Al lado del delito político, cuyo centro es el delito de *rebelión*, pero que está conformado igualmente por los delitos de *asonada* y *sedición*, dentro de la pretensión por regular hechos ligados a la conflictividad del país, se reguló el delito de terrorismo. Se trató del artículo 187, que establecía: “El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá

en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de las penas que corresponda por los demás delitos que ocasionen este hecho”.

En 1988, a través de un estatuto especial expedido a instancia del estado de sitio, se reformó la redacción de la norma. Se agregó, a los fines previstos, la pretensión de mantener en “terror a la población”, y se agregaron una serie de elementos normativos y de circunstancias fácticas que lo hicieron más complejo: la noción de bienes se amplió a “transportes, medios de comunicación, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”. También se agregaron múltiples circunstancias de agravación.<sup>20</sup> En 1990, con la creación del denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, se recogieron, otra vez por vía del estado de sitio, numerosas normas del estatuto de 1988 y, hasta ahora, con algunas variantes, se mantiene una legislación especial antiterrorista. Al mismo tiempo, el nuevo Código Penal, en el artículo 343, consagra la figura del terrorismo, con una redacción similar al precepto contenido en el artículo 1° del decreto 180 de 1988, pero rebaja la pena, que va de 10 a 15 años. Cuando se trate de terrorismo usando medio telefónico o similares, la pena es de dos a cinco años. También, como lo hacía el estatuto del 88, el nuevo Código consagra circunstancias de agravación en el artículo 344.<sup>21</sup>

En relación con aquello que puede denominarse *terrorismo internacional*, es motivo hoy de discusión permanente un endurecimiento mayor de las normas antiterroristas para enfrentar nuevos fenómenos. No se ve posible, en todo caso, por lo menos desde el punto de vista dogmático, un mayor endurecimiento: toda la legislación penal está saturada de normas, ordinarias y de excepción, encaminadas a combatir el terrorismo. En cualquier caso, tratándose concretamente del terrorismo internacional, dentro de las normas existentes hay preceptos que pueden aplicarse a casos concebidos hoy como esa forma de terrorismo. Por ejemplo, el numeral 2° del artículo 344 del Código Penal, que se refiere a circunstancias de agravación para el terrorismo, establece una mayor pena cuando “se asalten o se tomen instalaciones de la fuerza pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares”. Luego, el numeral 3° agrava la pena cuando “la conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos”. Por su parte, más clara puede ser la oportunidad de castigar conductas a través del numeral 5°, que establece lo siguiente: “Cuando la conducta recaiga sobre persona

---

<sup>20</sup> El decreto 180 de 1988, llamado “Estatuto antiterrorista”, consistió en un verdadero código especial de orden público y no se trató solo de una norma, sino de muy diversas normas que contenían todas las variantes posibles de la lucha contra el terrorismo.

<sup>21</sup> Además de lo anterior, que se refiere de manera general al terrorismo en cualquier circunstancia, el Código Penal, tal como se vio en su momento, introduce una norma referida a actos de terrorismo en ocasión del conflicto armado interno. Se trata del artículo 144, que se refiere a quien “realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años...”.

internacionalmente protegida diferente de las señaladas en el título II de este libro, o agentes diplomáticos de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, o se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales”.

### **C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

#### ***I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional***

En Colombia ha prevalecido históricamente el denominado principio o estatuto territorial. Ello es así, aunque la legislación penal consagra el estatuto real o de defensa, el personal y el universal, que cada vez adquiere mayor importancia.<sup>22</sup> En otras naciones, por vía de la prelación de los tratados internacionales sobre el orden interno —en relación con crímenes de guerra, por ejemplo— o, en todo caso, en función del bloque de constitucionalidad, es posible aplicar el estatuto universal contenido en los mismos tratados. En el caso colombiano, en el cual las normas se encuentran tipificadas en el Código Penal, se aplican directamente los principios sobre validez espacial y temporal contenidos en el mismo Código.

El artículo 14 consagra el principio de territorialidad: “La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional”. (La norma consagra expresamente la posibilidad de excepciones en función del derecho internacional, lo cual significa una cierta flexibilidad en relación con exigencias internacionales.) Luego la norma establece que la conducta se entiende realizada en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción, en el lugar donde debió realizarse la acción omitida y en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado. El artículo 15 consagra la territorialidad por extensión, que se refiere a las aeronaves o naves del Estado.

Por su parte, el artículo 16 —que es un artículo complejo que mezcla múltiples opciones y en el cual se entremezclan el estatuto real o de defensa, el personal y el universal— consagra en general las posibilidades de extraterritorialidad. El numeral 6° de dicho artículo, como expresión del estatuto universal o el también llamado principio de jurisdicción mundial, establece que se puede castigar al “extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero”, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: que el actor se halle en territorio colombiano, que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres años, que no se trate de delito político y que, solicitada la extradición,

---

<sup>22</sup> Aunque, como se señala en un informe de derecho comparado, “los desarrollos jurisprudenciales son pocos. No se conoce ningún caso de la Corte Suprema en el cual se vislumbre la aplicación del principio de jurisdicción mundial a cualquiera de los hechos punibles que motivan su indagación”. Kai Ambos, en *Revista Penal* (colaboración de Fernando Velásquez y Deryl Guerrero), p. 143.

esta no haya sido concedida por el gobierno de Colombia. Cuando la extradición no es aceptada, la norma consagra que habrá lugar al proceso penal. (Nótese la alusión a delitos políticos, que debe leerse en función de lo escrito hasta ahora en relación con estos delitos.) Finalmente, debe reseñarse que el artículo 17 del nuevo Código Penal se refiere a la sentencia extranjera y señala que, cuando ella sea absolutoria o condenatoria, “tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales”.

## ***II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución***

En Colombia no existe una regulación formal del principio de oportunidad. Por esa razón, rige el principio de legalidad. La ley impone a la Fiscalía General la investigación de todos los delitos. Es posible que, desde el punto de vista fáctico, por ciertas razones de la coyuntura y como de hecho ha ocurrido, de acuerdo con ciertas directrices, se enfatice la persecución de determinadas conductas, pero no se trata de una definición legal. En el acto legislativo de finales de 2002, reformativo de la Fiscalía General de la Nación, se allana la posibilidad de incorporar este principio en el futuro. No obstante, más allá de toda discusión en torno a su lugar desde el punto de vista de la técnica dogmática procesal, él no podría funcionar en relación con los delitos materia de este informe. Precisamente, el sustrato esencial del principio de oportunidad es “descargar” al ente acusador de la obligación de perseguir bagatelas y de concentrarse en lo esencial. Y dentro de lo esencial se encuentran las conductas materia de este informe. En todo caso, se trata de un principio que debe estar ligado a la idea del derecho penal mínimo, y no a meras decisiones político-coyunturales.

## **D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

### ***I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma***

En los apartes siguientes se hará mención a las normas de la parte general del Código Penal colombiano que condicionan las conductas de la parte especial que han sido reseñadas. Al mismo tiempo, se hará referencia a los aspectos más importantes destacados por la Corte Constitucional en relación con estos puntos. Se desarrollará una exposición sintética, haciendo hincapié en aquellos aspectos que merecen especial atención, más allá de discusiones dogmáticas y atendiendo a las posibilidades de aplicación práctica de las normas. A efectos de la exposición se efectuarán algunos cambios en el índice del punto D. Se destacarán aquellos aspectos que más lo ameriten y otros, como el dolo o la tentativa, se reagruparán sintéticamente.

En relación con aspectos dogmáticos de la parte general del Estatuto, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

Todos los principios generales de derecho penal antes mencionados tienen gran relevancia para la vigencia de los derechos humanos y para la lucha contra la impunidad por delitos de enorme gravedad para la humanidad. Para efectos del control de

constitucionalidad del Estatuto, sin embargo, sólo algunos de ellos ameritan una consideración detallada respecto de su consonancia con los preceptos constitucionales, marco a partir del cual esta Corte debe realizar el examen de su constitucionalidad.<sup>23</sup>

De esta manera, según la Corte, “los principios de legalidad de la conducta punible y de la exclusión de la analogía (artículo 22), de legalidad de la pena (artículo 23), de irretroactividad (artículo 24), de responsabilidad penal individual (artículo 25) y de exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 26) no presentan problemas de compatibilidad con el orden constitucional colombiano”.<sup>24</sup> Se trata de principios caros al derecho penal que deben conservarse también en el derecho público interno.<sup>25</sup> Ellos están recogidos en las siguientes normas del Código Penal colombiano:

El artículo 6°, expresión legal del artículo 29 de la Constitución política, recoge el principio de legalidad de la sanción y el de la legalidad de la pena: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Enseguida, la norma trae una referencia a los tipos penales en blanco, con el objeto de condicionarlos también, desde la parte general, al principio de legalidad: “La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”. Luego, la norma consagra el principio de favorabilidad: “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Al mismo tiempo, la norma recoge una tendencia jurisprudencial en el caso colombiano, en el cual prevalece la idea de la libertad sobre la seguridad jurídica: “Ello también rige para los condenados”. Al final, el artículo excluye la aplicación analógica y solo da cabida a la denominada analogía *in bonam partem*: “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

En relación con la responsabilidad penal, ella es, en el caso colombiano, individual. No existe responsabilidad penal de personas jurídicas. El artículo 29, inciso 2°, hace referencia, en cuanto a la sanción penal de los autores, a situaciones relacionadas con las personas jurídicas. En una redacción un poco confusa, dice el inciso:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

En cuanto a las normas que regulan la edad, las disposiciones del Estatuto, como lo dice la Corte Constitucional, son compatibles con las leyes colombianas. El artículo

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 107.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Véase, al respecto, Kai Ambos, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (eds.), *El Estatuto...*, 1999, pp. 114 y ss. Un esfuerzo significativo por construir una parte general para el derecho penal internacional es el escrito de “Habilitation” de Kai Ambos, *Der Allgemeine...*, 2002.

lo 33 del Código Penal, cuando hace referencia a una situación específica de inimputabilidad, dispone que “los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”.

En relación con el principio de irretroactividad de la ley penal, la Corte Constitucional hace consideraciones interesantes. A su juicio, “El principio de ‘irretroactividad *ratione personae*’ consagrado en el artículo 24, más que una prohibición a la retroactividad de la ley respecto de conductas realizadas antes de su consagración como crímenes, es en realidad una norma que limita la competencia de la Corte Penal Internacional a los delitos consagrados en el Estatuto de Roma por conductas posteriores a su entrada en vigor”.<sup>26</sup>

Así, la Corte lo entiende más como límite a la competencia de la Corte Penal Internacional que como posibilidad abierta para la impunidad: “La irretroactividad del Estatuto no supone la impunidad de tales conductas. Éstas, de todas maneras, pueden ser investigadas y sancionadas por las jurisdicciones nacionales o por otros tribunales internacionales, si se tiene en cuenta que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encontraban proscritos en el derecho internacional de los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, así como por la existencia de un compromiso internacional para su represión y del reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento por cualquier Estado”.<sup>27</sup> En todo caso, y esto es fundamental, se debe preservar el núcleo intocable del artículo 29 de la Carta Política: “la Corte encuentra que el artículo 24, numeral 1º, que limita la competencia de la Corte a los crímenes cometidos después de su entrada en vigor, y el numeral 2º, que consagra el principio de favorabilidad en beneficio del investigado, procesado o condenado cuando se modifica el derecho aplicable antes de haberse proferido sentencia definitiva por la Corte Penal Internacional, consagran principios que están en consonancia con el artículo 29, inciso 2º de la Constitución”.<sup>28</sup>

El juez constitucional encontró necesidad de aclarar otros aspectos de la parte general del Estatuto, en conformidad con las disposiciones constitucionales. A continuación, a la par que se reseñan las normas del Código Penal, se hará referencia a la decisión del tribunal constitucional, en aquellos temas que lo ameriten.

Los tipos penales reseñados con anterioridad se encuentran tipificados en la parte especial del Código Penal. No hacen parte, tal como se anotó, de un estatuto o ley especial. Por lo tanto, cada una de ellos debe ser interpretado con base en las fórmulas dogmáticas establecidas en la parte general. El nuevo Código Penal conserva, aunque de una manera asistemática, las categorías que componen la teoría general del delito. Entre ellas, desde luego, la culpabilidad.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 108.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

1. En el título II, capítulo único, que regula la *conducta punible*—tal como hoy se concibe aquello que en el Código Penal del 80 se entendía como *hecho punible*—, el artículo 21 hace relación a las “modalidades de la conducta punible”. De esta forma, “la conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”. Por su parte, el artículo 22 se refiere al *dolo*.

De esta manera entonces, desde la parte general, quedan establecidas las bases para la deducción del dolo en las conductas señaladas. Por esa razón, dichas conductas, a diferencia de como lo hace el Estatuto de Roma, no subrayan dentro de su tenor el elemento de la *intencionalidad*. Por ejemplo, en el caso del genocidio, según el Estatuto en el artículo 7, numeral 2, *b*, el “‘Exterminio’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas...”. La norma aclara la noción de intencionalidad. En el Código Penal colombiano, este elemento intencional está implícito en la conducta y debe ser deducido con base en la parte general. (Ahora bien, en la legislación colombiana, la norma que se refiere al genocidio, para continuar con el ejemplo, está condicionada por un *ingrediente o elemento subjetivo* que hace parte de la descripción típica de la conducta y sin el cual la conducta no es entonces típica. Se trata, como se ha visto, del “propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico, racial, religioso o político...”.)

El intérprete, en cada caso concreto, debe revisar el principio de culpabilidad. Para ello, no solo debe tener en cuenta la consagración genérica del dolo que se hace en la parte general, sino que debe, a su vez, deducir el tipo de dolo de que se trata en relación con la conducta concreta que juzga. Por ejemplo, en el caso del artículo 144, referido a actos de terrorismo en ocasión del conflicto armado, la norma se refiere al hecho de ordenar llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos contra la población civil. Luego aclara que el agente será penalizado por “esa sola conducta”. Así, con independencia de que el ataque masivo haya producido resultados, se castiga el mero hecho de ordenar llevarlo a cabo. De la misma forma, el artículo 145, al reseñar los actos de barbarie, los actos de no dar cuartel o los actos dirigidos a no dejar sobrevivientes, también castiga al agente por ese solo hecho, de tal forma que no se requiere que efectivamente no se hayan dejado sobrevivientes. En estos casos, el intérprete debe reconocer la diferencia entre el denominado *dolo de lesión* y *dolo de peligro*. Al mismo tiempo debe —lo cual constituye un gran problema en toda la legislación antiterrorista e incluso, como se ve, en la legislación que pretende castigar violaciones de derechos humanos o derecho humanitario— ser cuidadoso en cuanto a la responsabilidad objetiva. Cuando se habla de castigo por “esa sola conducta”, se corre el peligro de violar la prohibición expresa del artículo 12 sobre el castigo con base en dicha forma de responsabilidad.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> En la revisión de la figura del dolo que hace la Corte Constitucional, esta encuentra que el artículo 30 del Estatuto es coherente con el ordenamiento interno, en la medida en que los alcances del

2. En el Estatuto de Roma se conserva la tradicional diferenciación entre error de hecho y error de derecho. En el nuevo Código Penal colombiano la figura del error se interpreta en función de las categorías de *error de prohibición* —directo e indirecto— y *error de tipo*, al mismo tiempo que se incorpora la noción de vencibilidad e invencibilidad del error. El error está contenido en el artículo 32, que se refiere genéricamente a las causales de exclusión de la responsabilidad (numerales 10, 11 y 12). Interesante y polémico es el enunciado final del numeral 11: “Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”. El juez debe aplicar en este caso un juicio de razonabilidad.
3. Tal como lo dice la Corte Constitucional, “examinadas las causales *eximientes de responsabilidad penal* consagradas en el Estatuto de Roma, se tiene que solo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (artículo 31.1 literal *c* del ER) y de obediencia debida (artículo 33 del ER) parecen establecer un tratamiento de estas materias diferente del que consagra nuestro ordenamiento constitucional, por lo cual deben ser analizadas con mayor detalle”.<sup>30</sup>

El juez constitucional hace un análisis detallado, especialmente de la figura de la obediencia debida, para ajustarla a las diversas decisiones jurisprudenciales que han descartado esta figura en caso de violaciones de derechos humanos. Antes de reseñar la sentencia de la Corte Constitucional, se aclara que los numerales 4, 6 y 7 del artículo 32 del Código Penal se refieren a causales de exclusión de la responsabilidad, que son relevantes para el tema tratado. La legítima defensa se consagra en el numeral 6, el estado de necesidad se consagra en el numeral 7°, mientras que el numeral 4° se refiere a la orden entre militares. (Enseguida se volverá sobre él.)

Como se ha dicho, la Corte constitucional se ocupa de la figura de la obediencia debida. El artículo 91 de la Carta Política se refiere a dicha figura: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares

---

dolo pueden ser fijados legislativamente y no existe un único parámetro dogmático para hacerlo. También encuentra coherente algunas excepciones al principio, consagradas en el Estatuto de Roma, de acuerdo con fenómenos específicos regulados por dicho Estatuto que, como todo, debe leerse en función del principio de complementariedad: “Algunas de las excepciones al *mens rea* del artículo 30 y que colocan un parámetro de culpabilidad menos exigente son precisamente las referidas a la responsabilidad de los jefes y otros superiores” (artículo 28), o, en los crímenes de guerra, la responsabilidad penal por “utilizar de *modo indebido* [se subraya] la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves” (artículo 8.2 literal *b*, vii, ER). También las hay ajustadas a la carta, de acuerdo con los límites establecidos por el artículo 93.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 123.

en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Según la Corte, “la anterior disposición parece establecer un tratamiento diferente al previsto en el artículo 91”. No obstante, “a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la obediencia debida, tal diferencia se diluye, ya que precisamente la Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2° del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible”.<sup>31</sup>

Lo importante para destacar en este punto, en relación con el derecho penal, es lo siguiente: el numeral 4° del artículo 32 del Código Penal excluye la responsabilidad cuando “se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales”. No obstante, la norma en su inciso segundo establece, en conformidad con el precepto constitucional y la interpretación jurisprudencial, que “no se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura”.<sup>32</sup>

4. El artículo 27 del Código Penal consagra la figura de la *tentativa*. Se castiga a quien “iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjera por circunstancias ajenas a su voluntad”. Luego, la norma consagra, con cierta confusión, una especie de tentativa desistida, pero la castiga. Parece ser un rezago peligrosista de legislaciones ya superadas: “Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos para impedirla”. Como se ve, esta figura tiene un tratamiento diferente en el Estatuto de Roma.
5. El Código Penal tiene varias normas dedicadas al *concurso de personas en la conducta punible*. Con esta denominación, el artículo 28 establece que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”. Luego, el artículo 29 define quiénes son los autores y designa una misma pena para ellos, mientras que el artículo 30 se refiere a los partícipes, a

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>32</sup> Ello se debe interpretar, desde luego, como un esfuerzo del legislador por ahondar en las reservas frente a conductas muy graves y no como una numeración taxativa. Es la misma lógica, y debe interpretarse en consonancia con él, del artículo 3° del Código Penal Militar, que excluye estos tres delitos del conocimiento de la justicia penal militar. Como se anotó, la Corte Constitucional, en sentencia n° C.878 de 2000, declaró constitucional esta norma, siempre y cuando se entienda que no se trata de una numeración excluyente.

los que divide en determinador y cómplice, pero al determinador le asigna la misma pena prevista para quien incurra en la infracción. Más adelante, el artículo 31 consagra las reglas para aplicar la pena en caso de concurso de conductas punibles.

Es importante destacar que diversas normas reseñadas en este informe presentan dificultades cuando se aplican a ellas los denominados dispositivos amplificadores del tipo penal. En diversas normas se observa una tendencia a la criminalización del *estadio previo* de la conducta. Expresiones que sugieren responsabilidad objetiva, como el castigo por “ese solo hecho”, etc., hacen difícil la aplicación de la tentativa. Por su parte, el fenómeno de la coparticipación sufre dificultades cuando se trata, por ejemplo, de casos de concurso necesario o de la confluencia de verbos rectores o de acciones múltiples, como es el caso del genocidio. Distinguir entre las conductas que constituyen los verbos rectores no es tarea fácil para el intérprete. Además, en su afán por perseguir el crimen organizado, el legislador, además de normas que lo castigan con severidad, ha consagrado como causal de agravación, “el obrar en coparticipación criminal” (numeral 10° del artículo 58). Aunque el juez es quien debe diferenciar, por ejemplo, si se trata de formas del concurso necesario —rebelión, por ejemplo, o concierto para delinquir— y que en este caso no debe aplicar el numeral citado, es una norma que puede prestarse para una agravación de las conductas no prevista legalmente. (En los casos que se reseñarán posteriormente, el problema del concurso ha sido fundamental en los fallos producidos por los jueces.)

6. El Código Penal establece, en el artículo 25, que “la conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión”. De igual manera, consagra las *posiciones especiales de garantía*. De manera general: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

Enseguida, la norma se refiere a distintas modalidades de posición de garante. Se trata de una disposición ligada a muchos casos en los cuales están involucrados agentes que cometen las conductas detalladas en este informe. En reciente decisión, la Corte Constitucional reconoce expresamente la posición especial de garantía, respecto de la fuerza pública. Dice al respecto: “Las fuerzas militares tienen la obligación —en tanto que garantes— de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa

humanidad [...]”.<sup>33</sup> Además de estos delitos, la Corte señala las infracciones al derecho internacional humanitario. Al final, señala el juez constitucional: “La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o *imprudencia*). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; éstas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”.<sup>34</sup> [Cursivas añadidas.]

Así, entonces, es claro que en la jurisprudencia constitucional nacional se da cabida a la *responsabilidad* del jefe o superior militar, oficial o de facto. De hecho, en este país se ha aplicado la responsabilidad del superior jerárquico, siguiendo los lineamientos generales del derecho internacional. La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación ha vinculado procesalmente a jefes de grupos irregulares —ya que, como se sabe, no se trata solo de jefes de unidades armadas regulares— utilizando los alcances de la doctrina internacional. Si en el núcleo de las normas de derecho humanitario subyace la mera existencia fáctica de la confrontación, y no surgen valoraciones jurídicas sobre *justa causa* o motivos morales para dicha confrontación, entonces la responsabilidad del superior jerárquico se abre también a posiciones de mando, aunque sean de facto.

Finalmente, en relación con este tema, tal como lo ha reconocido el juez constitucional, “mediante el establecimiento de un tratamiento diferente al previsto en la Constitución, el Estatuto de Roma extiende la responsabilidad penal del comandante, ya sea de un ejército oficial o de fuerzas irregulares (artículo 28, literal *a*, ER), a superiores civiles respecto de los actos de sus subordinados en las circunstancias establecidas en el artículo 28 literal *b*)”.<sup>35</sup> A pesar de ello, se aclara que “dicho tratamiento diferente fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. No sobra decir que, salvo por la oposición de China, la extensión de la responsabilidad penal del comandante a otros superiores civiles obtuvo amplio respaldo en las deliberaciones previas a la aprobación del Estatuto de Roma”.<sup>36</sup>

7. Uno de los aspectos más interesantes del nuevo Código Penal colombiano es la regulación de la punibilidad. Allí, de manera especial, se hace más exigente para el juez el proceso de aplicación de la ley penal. El artículo 3 consagra

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Se trata, además, de una sentencia que profundiza, como mucha claridad y con base en la literatura especializada, en el fenómeno de la omisión y en la figura jurídica de la posición de garante.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 118.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

la noción de *necesidad* de la pena, al lado de la *proporcionalidad* y la *razonabilidad*, como los principios orientadores de la sanción penal. Por su parte, el artículo 4° consagra, como es tradicional y no en pocos casos materia de confusión y debate, varias funciones de la pena: la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. En el caso de normas que protegen derechos humanos, puede argumentarse en función de la prevención general, aunque hay voces desde luego que avalan la función de la retribución, por ejemplo. En cualquier caso, una vez que el juez penal haya adelantado los ejercicios aritméticos complejos que trae el nuevo Código Penal, debe motivar la sentencia. Ello se exige expresamente, lo cual es muy importante, por el Código en el artículo 59. Como parte de la motivación, el juez, de acuerdo con el artículo 61 y ponderando diversos criterios, debe aplicar en cada caso concreto la pena con base en una de las funciones establecidas para ella en el artículo 4. Es una exigencia legal.

8. El principio de *non bis in idem* está consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y en el artículo 8° del Código Penal que prohíbe la *doble incriminación*. Este artículo, discutido al mismo tiempo en que se discutían normas propias del derecho penal internacional y en consonancia con el principio de *integración* consagrado en el artículo 2 del Código, establece una excepción importante en su inciso final: “A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”. Es una norma que desde el Código Penal, y antes de la reforma al artículo 93 de la Carta, establecía la posibilidad de introducir excepciones, absolutamente limitadas, al principio de *non bis in idem*.

Se trata, como en otras materias tan polémicas como la imprescriptibilidad, la irretroactividad o, en general, el principio de legalidad, de normas que deben interpretarse de manera muy restrictiva. En función de la necesaria armonía con los arts. 17 y 20 del Estatuto de Roma, debe leerse muy bien en relación con las nociones de competencia y admisibilidad, y en función de las reglas sobre cosa juzgada. Deben observarse muy en detalle las condiciones exigidas por la Corte Penal para juzgar conductas previamente juzgadas, para evitar formas eventuales de uso arbitrario de su competencia.<sup>37</sup>

9. En Colombia existe un complejo entramado de *fueros* especiales y de *inmunidades*. A manera de ejemplo, el artículo 185 de la Carta consagra la invio-

---

<sup>37</sup> En reciente decisión de la Corte Constitucional, que se reseñará posteriormente, se permite la acción de revisión contra sentencias absolutorias: se flexibilizó de alguna manera el principio de doble incriminación, en función de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

labilidad de los congresistas por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo; el artículo 186 establece que de los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia; el artículo 199 consagra un fuero especial para el presidente de la República, que no puede ser perseguido ni juzgado por delitos sino en virtud de decisión de la Cámara de Representantes y cuando el Senado lo haya autorizado; por su parte, el artículo 221 establece el fuero militar (numeral 4). La ley desarrolla estos preceptos.

En su extenso estudio, la Corte Constitucional encuentra “que en esta materia el Estatuto de Roma establece un tratamiento diferente autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001”.<sup>38</sup> La Corte aplica el esquema de interpretación que se ha anunciado, reseña una a una las diferencias entre el Estatuto y las disposiciones constitucionales, y concluyen que aquellas diferencias no tornan inconstitucional sus normas, siempre y cuando se interpreten de manera restrictiva en función de la reforma constitucional del artículo 93. Así, en relación con los fueros e inmunidades, expresa: “las normas constitucionales no obstaculizan la competencia de la Corte para investigar o juzgar a las personas sindicadas de haber cometido uno de tales crímenes, siempre que se den las condiciones de admisibilidad del caso, ya analizadas”.<sup>39</sup>

10. La *imprescriptibilidad* de conductas relacionadas con violaciones de derechos humanos ha sido siempre un aspecto de amplia discusión. Colombia, frente a tratados de derecho internacional, ha presentado reservas en relación con la imprescriptibilidad de ciertas conductas. Ello en virtud del artículo 28 de la Carta Política, que en su inciso último establece que “en ningún caso podrá haber detención, prisión y arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad prescriptibles”. Como expresión de ello, el artículo 83 del Código Penal regula la prescripción de todos los delitos, incluidos aquellos que componen lo que aquí se ha denominado *núcleo duro de derechos humanos*. Para estos cuatro delitos —genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado— se prevé un máximo término de prescripción de 30 años.

En relación con la imprescriptibilidad, señala la Corte Constitucional: “la Corte Penal Internacional sí puede —en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia— llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales”.<sup>40</sup> Enseguida, aclara que ese “tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional tiene

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002. p. 113.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 120.

fundamento en el artículo 93 de la Constitución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto”.<sup>41</sup>

11. Un aspecto especialmente relevante en el caso colombiano es el que se refiere a los indultos y amnistías. Existen historiadores que aseguran que la historia de Colombia se puede seguir a partir de las múltiples amnistías que han tenido lugar en el país. Así como la guerra ha sido fuente de derecho —diversas reformas constitucionales o nuevas Cartas Políticas se han originado en conflictos violentos—, las amnistías también han sido fuente de transformaciones jurídico-institucionales. Ellas, al igual que los indultos, han estado ligadas a búsquedas políticas de incorporación de actores rebeldes armados a la legalidad o institucionalidad estatal. Es por esta razón que las figuras deben entenderse, sin perjuicio de que en un momento sea discutida la posibilidad de que se concedan a actores distintos de los rebeldes guerrilleros, en el contexto del delito político. Esta figura ha existido desde el siglo XIX.

El artículo 125 del Código Penal de 1980, modificado por un decreto de estado de sitio, establecía: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de 5 a 9 años”. Por su parte, el artículo 127 consagraba la figura de la *exclusión de la pena*. La norma constataba la complejidad del delito de rebelión. Este no se da en estado puro: con él concurren otras conductas, ellas mismas tipificadas como delitos. La norma decía, en consecuencia: “los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

De esta forma, en el delito de rebelión se subsumían dichas conductas y la pena que se aplicaba era aquella, en un sentido privilegiada —pues siempre ha sido cuantitativamente menor—, propia del delito político. Ello operaba siempre y cuando, y de acuerdo con la norma, no se tratase de aquellos actos de *terrorismo*, *ferocidad* o *barbarie*. Esta restricción ha sido, por su parte, la base para limitar los alcances de las figuras de las amnistías e indultos. Hoy se hablaría, por ejemplo, de aquellas conductas consideradas en el ámbito internacional como delitos de *lesa humanidad* y que han sido incorporadas en el nuevo Código Penal con las denominaciones ya reseñadas, como límites para la concesión de indultos y amnistías.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> El nuevo Código Penal conserva, pese a todas las variantes, la figura de la rebelión, en el artículo 467. Al lado del terrorismo, del concierto para delinquir y de otras figuras ligadas a la conflictividad del país, se conserva el tipo penal de la rebelión. Ya no existe, sin embargo, el artículo sobre exclusión de la pena. Existe, como es de suponer, con plena vigencia la aplicabilidad de las figu-

Lo anterior sirve para analizar la decisión adoptada por el gobierno saliente en el año 2002, y avalada por el gobierno entrante, en el sentido de adoptar la “salvedad” prevista en la disposición transitoria contenida en el artículo 124 del Estatuto de Roma. Así, no se aplicará el Estatuto a los crímenes de guerra en los próximos siete años. La noticia ocasionó una gran sorpresa y ha surgido una verdadera avalancha de críticas. El motivo de la sorpresa es que en ningún momento el gobierno saliente anunció que adoptaría dicha salvedad. Según se ha reseñado en los medios, apenas un par de días antes del fin del período de gobierno, el 5 de agosto, el Poder Ejecutivo optó por tal decisión.

Dichos planes no se discutieron ni se anunciaron a nadie: el país se sintió un poco asaltado por una decisión de última hora, ya que la posesión del nuevo presidente fue el 7 de agosto. El ministro de Relaciones Exteriores del gobierno anterior, al contestar las críticas, señaló que “la decisión fue consultada y avalada por el gobierno de Uribe, en el entendido de que no era conveniente dejar obstáculos para una eventual reanudación de los diálogos”.<sup>43</sup> Se refería el ministro a los diálogos de paz con la guerrilla, que fueron interrumpidos en marzo de 2002. De igual manera, el funcionario gubernamental encargado específicamente del tema de la paz afirmó: se trata de dejar una “ventana abierta” para un eventual proceso de paz.<sup>44</sup> Según el gobierno entonces, el motivo de la salvedad es que no exista la amenaza de castigo inmediato a crímenes de guerra cometidos por actores que pueden ser eventualmente amnistiados o indultados como consecuencia de procesos de paz exitosos.

El procurador general de Nación, “a nombre del pueblo”, de acuerdo con su mandato constitucional, rechazó la decisión y en enérgica carta dirigida al nuevo gobierno dijo lo siguiente: “Los colombianos recibieron con enorme sorpresa la noticia de la salvedad y se considera que con ello hemos mandado a la comunidad internacional el equívoco mensaje diciendo que nuestro Estado está dispuesto a no permitir que la CPI conozca, en forma residual, de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que se cometan con motivo del conflicto armado interno”.<sup>45</sup>

Las diversas instituciones que han intervenido en el complejo proceso de adopción del Estatuto arreciaron las críticas, pues, según sus miembros, en ningún momento se discutió con ellos sobre la salvedad. Un congresista, por ejemplo, reclamaba: “El Congreso tiene que conocer las causas que motivaron al gobierno para no informar su decisión al momento en que fue debatido el Estatuto en Senado y Cámara

---

ras de la amnistía y del indulto, a pesar de que cada día, por la realidad y por las variantes introducidas legal y jurisprudencialmente al delito de rebelión, se ha hecho más difícil precisar los alcances y límites de ese tipo penal.

<sup>43</sup> *El Tiempo*, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

<sup>44</sup> *El Tiempo*, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp. 1-11.

<sup>45</sup> *El Tiempo*, martes 3 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

de Representantes”.<sup>46</sup> De igual forma, un representante en la Cámara señalaba una gran contradicción en, de una parte, declarar el estado de conmoción interior para luchar contra actores armados y, de otra parte, negar la aplicación del Estatuto contra actos perpetrados por ellos.<sup>47</sup> Por su parte, la Corte Constitucional, que en ese momento se encontraba estudiando la constitucionalidad de la ley que aprobó la adopción del Estatuto, expidió un comunicado en el cual estableció que “no sabía que se adoptaría dicha decisión política por parte del gobierno”.

También en la sociedad civil se ha cuestionado severamente la adopción de la salvedad. En una carta enviada al presidente de la República electo, con fecha del 6 de septiembre, 27 ONG de derechos humanos manifiestan que “evidentemente, no hay razón alguna que impida al Estado colombiano adelantar y llevar a feliz término un proceso de paz bajo la vigencia plena del Estatuto de Roma; al contrario, uno de los objetivos de este instrumento es contribuir, por medio del juzgamiento de los delitos de competencia de la CPI, a *‘la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad’*, como se expresa en el preámbulo del Estatuto”. Al contrario, dice la carta, “si el Gobierno está interesado en adelantar un proceso para poner fin al conflicto [...] debe asegurar el pleno respeto a los derechos humanos y al derecho humanitario, así como la justicia para las víctimas de las violaciones a tales derechos”.<sup>48</sup> De igual manera, diversos centros académicos emitieron comunicados pidiéndole al presidente de la República reconsiderar la decisión tomada.<sup>49</sup>

Con base en el recuento histórico que se ha hecho en relación con el delito político y con la concesión de amnistías o indultos, es fácil comprender que siempre han existido límites muy claros, impuestos por la misma legislación penal, respecto de

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *El Tiempo*, palabras de Gustavo Petro, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp.1-8.

<sup>48</sup> En esta posición insisten miembros de ONG. En una ponencia presentada a un seminario académico, Carlos Rodríguez, de la Comisión Colombiana de Juristas, reseña en detalle los límites y posibilidades de la concesión de amnistías e indultos, que son, a su juicio, previos a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma. Bogotá, 7 de noviembre de 2002.

<sup>49</sup> Debe agregarse que toda la discusión en torno de la salvedad se dio en el momento en que se hacía más arduo el debate en el país, y en Europa también, en torno a la petición de los Estados Unidos de agenciar tratados bilaterales para asegurar la inmunidad a los ciudadanos y combatientes de ese país frente a la Corte Penal Internacional. Se comprenderá que este tema es muy difícil para el Estado colombiano, dependiente en múltiples niveles de sus relaciones con Estados Unidos. Además, en Colombia existen funcionarios norteamericanos que apoyan a las autoridades judiciales colombianas en operaciones complejas contra el narcotráfico, por ejemplo, en selvas y territorios apartados. Hay todo un sistema y una estructura de apoyo militar en ciertas operaciones problemáticas; de allí por qué, como se ha dicho, este tema es especialmente complejo en el caso colombiano. Incluso, ha causado una división en países europeos. Se sabe, por ejemplo, que es un tema complicado en el marco de las relaciones entre Estados Unidos y Alemania. El viaje del ministro de Relaciones Exteriores alemán a los Estados Unidos en la última semana de octubre de 2002 tuvo como parte de la agenda la discusión en torno a la aplicación de Corte Penal Internacional.

aquellos actos que no pueden ser amnistiados. Dentro de la noción de *ferocidad* o *barbarie*, por ejemplo —aunque se ha advertido que el tenor del artículo 127 del Código del 80 no existe hoy, pero la lógica del problema es la misma—, se entienden actos que pueden ser desde aquellos relacionados con crímenes de guerra hasta aquellos concebidos como delitos de *lesa humanidad*. Es decir, más allá de una decisión política sobre los umbrales en torno a los actos que no pueden ser amnistiados, existe una vasta experiencia jurídica acumulada. La posibilidad de las amnistías e indultos no pasa por la salvedad adoptada de acuerdo con el artículo 124 del Estatuto de Roma. Por esta razón, la propia Corte Constitucional, en el comunicado ya reseñado, establece que no “se necesita de la salvedad para negociar con la guerrilla”.<sup>50</sup>

La misma Corte constitucional se ocupa del problema de las amnistías e indultos y de la responsabilidad del Ejecutivo como director de las relaciones internacionales. Considera que en ningún caso el Estatuto de Roma “pretende restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario”.<sup>51</sup> A su juicio, “las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949”.<sup>52</sup>

A juicio del autor de este informe, el debate suscitado por la salvedad, y la decepción social que ello ha causado, revelan que el principal elemento para tener en cuenta en relación con la aplicación efectiva del Estatuto de Roma en el caso colombiano es el problema de la guerra. En nuestra legislación penal, llena de normas que han sido expedidas en el marco de la confrontación armada, los cambios o reformas que se introducen no obedecen, en múltiples casos, a discusiones de técnica jurídica o de dogmática penal; son figuras que se incorporan a partir de razones de política criminal, o de simple política, o de la política de paz. Ello ha quedado demostrado, además, en el más reciente debate sobre la salvedad: el nuevo gobierno, a través de sus ministros, tuvo que responder ante el Congreso, el 25 de marzo de 2003, un cuestionario que se refería a su postura frente a la decisión adoptada por el gobierno anterior. El gobierno, a través del comisionado de paz, reafirmó la postura de mantener la

<sup>50</sup> *El Tiempo*, miércoles 4 de septiembre de 2002, pp. 1-11.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia n° C.578 de julio de 2002, p. 81.

<sup>52</sup> Todo ello, agrega la Corte, siempre y cuando se respeten los estándares mínimos de la normatividad internacional, de tal manera que “figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos”. *Ibidem*, p. 81.

salvedad, esta vez, según sostuvo, con el propósito de involucrar además a nuevos actores en los inciertos procesos de paz en el futuro. Es decir, se sigue pensando, como política de gobierno, que la aplicación del Estatuto en el caso de crímenes de guerra puede obstaculizar eventualmente un proceso de paz.

## ***II. Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

No los hay.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

No existe en Colombia una legislación procesal penal para el juzgamiento de los delitos aquí reseñados. No obstante, en este país, sobre todo por el efecto perverso que ha causado el uso permanente de los estados de excepción, para expedir normas penales hay caos en la legislación, pues existen jurisdicciones penales paralelas. La confusión aparece cuando, más allá de la normatividad, se asume el conocimiento de casos específicos por parte, por ejemplo, de la hoy denominada “justicia especializada contra el crimen organizado”. Esta justicia, contenida en la ley 504 de 1999, constituye la permanencia de la antigua “justicia sin rostro” o denominada “justicia regional”, que rigió desde el año 1990 en el país, caracterizada por una severa restricción de garantías en el ámbito procesal, comenzando por el carácter secreto de fiscales, jueces y testigos. El carácter secreto se conservó en la nueva ley 504, pero la Corte Constitucional lo halló inconstitucional, además de otras restricciones al debido proceso.<sup>53</sup>

En la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación se reconoce que, por virtud de la gran cantidad de procesos que llegan allí y en razón de la imposibilidad práctica de darles curso, algunos casos son asumidos directamente por la justicia especializada contra el crimen organizado. Además de la saturación de la Unidad, se advierte que algunos criterios de asignación de casos, es decir, en función de la competencia, no son absolutos ni únicos: hay una decisión pragmática en torno de ellos. Para citar un caso, un mismo agente, perteneciente a un grupo armado ilegal, puede cometer los mismos delitos, pero variando el sujeto pasivo. Esa variación hará que, en un momento determinado, la conducta sea definida como un caso de violación de derechos humanos, o como un caso de delitos relacionados, por ejemplo, con el terrorismo, o el crimen organizado, o con la legislación penal ordinaria.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> La ley en cuestión es anterior a la vigencia del nuevo Código Penal, pero contiene normas que, por su carácter de tipos abiertos y por la confusión de conductas propias de las normas de excepción, se pueden referir también a conductas reseñadas aquí bajo la denominación de núcleo duro de derechos humanos (con otra denominación típica, como por ejemplo cierto tipo de homicidio agravado o conductas con fines terroristas, etc.).

<sup>54</sup> Ya se verá más adelante, en los casos escogidos como ilustración, que el problema de la adecuación típica de las conductas es enorme en relación con acciones concebidas como violaciones de dere-

## F. La práctica efectiva de persecución

A continuación se reseñarán algunos casos fallados por la justicia penal. Su reseña se aprovechará no solo desde el punto de vista estrictamente estadístico, sino en función de la ilustración de algunos problemas fundamentales tratados en el informe.

### *Primer caso*

Se trata de caso fallado mediante sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de octubre de 2001.<sup>55</sup> Se refiere a hechos ocurridos en el municipio de Segovia, departamento de Antioquia, en el mes de noviembre de 1988. En este municipio existía incertidumbre, ya que en la zona, en ese mismo año, había habido homicidios múltiples e indiscriminados contra civiles, en casos respecto de los cuales ha existido amplia atención y preocupación internacional. La atención se ha dado, entre otras razones, por hallarse entre las víctimas personas pertenecientes a un grupo político que ha sufrido una feroz persecución. Son los casos conocidos como las masacres de las fincas Honduras, La Negra y La Mejor Esquina.

Como se señala en la sentencia, los hostigamientos a la población civil recrudecieron “con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988 [...] de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etc., ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionando a muchos otros, en número indeterminado”.<sup>56</sup>

Según reza en la providencia, se denunció que ninguna autoridad acudió, por más de una hora, en auxilio de la población. Por dicha razón fueron vinculados a la investigación seis miembros de la fuerza pública, además de cinco civiles. Después de 10 años, y luego de cubrir todas las peripecias propias de la legislación antiterrorista, aplicada en este caso y que fue recogida por decretos especiales luego de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política en 1991, fueron sentenciados diversos sujetos activos de las conductas. El juzgado regional, que en esa época hacía parte de la denominada “justicia sin rostro”, mediante fallo del 31 de marzo de 1998, condenó a

---

chos humanos. En todo caso, en este terreno, las tensiones entre política y derecho se hacen extremas. Uno de los retos al futuro es establecer bien la diferencia entre delito y violaciones de derechos humanos; no se puede hacer referencias genéricas a la noción de *lesa humanidad* y al mismo tiempo adecuar típicamente las conductas a toda suerte de delitos contenidos en normas que, incluso, se contradicen entre sí.

<sup>55</sup> Un caso de estos es importante en la medida en que refleja todo el recorrido que por años, hasta llegar por vía de casación ante la Corte Suprema, puede sufrir un proceso judicial relacionado con acciones contra derechos humanos. No es factible, para apenas constatar mínimos de duración, que un caso de estos llegue a ser fallado en un tiempo menor de diez años.

<sup>56</sup> Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, casación n° 18.499 del 25 de octubre de 2001, M. P. Nilson Pinilla, p. 3.

cinco sujetos como coautores del delito de terrorismo a 18 años de prisión, y a tres sindicados como coautores de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales con fines terroristas, a la pena de 30 años. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Nacional.<sup>57</sup>

Como se ve, la tipificación es compleja en la medida en que se aplican diversos tipos penales, incluido el terrorismo y otras acciones ligadas a él, en concurso con concierto para delinquir y otras conductas. Se trata, desde luego, de la aplicación de una normatividad anterior al nuevo Código Penal. En general, el homicidio agravado o con fines terroristas sirvió de marco de tipificación para conductas que hoy podrían ser enmarcadas dentro del genocidio. Es de aclarar que en el juzgamiento se aplicó la noción de terrorismo, en el caso concreto de la creación de zozobra, a acciones cometidas por sujetos que esparcían panfletos anunciando amenazas. Estos hechos fueron anteriores a la acción descrita del mes de noviembre. Tiene lógica esta interpretación, en cuanto a que el artículo 187 del anterior Código se refería también a la creación de zozobra mediante “llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escrito anónimo”.

El caso llegó a la Corte, con argumentos múltiples, uno de los cuales fue fundamental: el de la competencia para el juzgamiento. La defensa, que instauró la demanda de casación, alegaba que era la justicia penal militar y no la ordinaria la encargada del juzgamiento de las conductas diversas de los distintos actores. La Corte Suprema desechó los argumentos y confirmó las sentencias condenatorias. Debe anotarse que en el caso de la vista fiscal, es decir, del escrito que envió a la Corte la delegada de la Procuraduría General de la Nación, se hacían alusiones interesantes a la ocurrencia de delitos de *lesa humanidad*. Ello a pesar de que los casos materia de juzgamiento se ventilaban con base en la legislación anterior al nuevo Código Penal, y antes, desde luego, de entrar en vigencia el Estatuto de Roma en el ordenamiento interno. La vista fiscal y la decisión de la Corte se adelantaron en un momento de transición y están influidas, sin duda, por las discusiones que en el ámbito interno tenían lugar respecto de la adaptación de la legislación nacional a las exigencias internacionales.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Casos de este tipo son constantemente documentados por las agencias nacionales e internacionales y objeto de permanente investigación, tanto penal como disciplinaria. El 17 de noviembre de 2002 se anunció, por ejemplo, en un medio, que la Procuraduría General había ordenado la destitución de dos servidores públicos por conductas de omisión relacionadas con homicidios múltiples ocurridos en el departamento de Antioquia en 1997. *El Tiempo*, domingo 17 de noviembre de 2002, pp. 1-18.

<sup>58</sup> Debe agregarse que en el acto recordatorio de los hechos tristes del Palacio de Justicia, ocurridos en el mes de noviembre de 1985, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, en noviembre de 2002, llamó la atención a los medios y a la comunidad jurídica en general por no haber hecho eco suficiente a la decisión que aquí se reseña. Ciertamente, se trata de una sentencia pionera en relación con casos de violaciones múltiples de derechos humanos.

### *Segundo caso*

El 19 de mayo de 1977 ocurrió un homicidio múltiple contra miembros del centro de investigación CINEP, que tiene una oficina de derechos humanos, y familiares suyos. También fue un caso con repercusiones internacionales, sobre todo por tratarse de personas ligadas a la comunidad de derechos humanos. En octubre de 1997 se dictó medida de aseguramiento contra varios sindicatos. El 18 de septiembre de 1998 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra algunos de ellos. Los delitos bajo los cuales se los llamó a juicio fueron: homicidio agravado en concurso homogéneo y simultáneo con los delitos de tentativa de homicidio, porte ilegal de armas, hurto agravado y utilización indebida de equipos de telecomunicaciones.

El juzgado segundo penal del circuito especializado de Bogotá dictó sentencia condenatoria de 60 años como autor de las conductas señaladas a uno de los sujetos juzgados, con 45 años de prisión a otro en calidad de autor de unos delitos y de cómplice de otros. Con una pena menor, de 55 meses de prisión, se condenó como cómplice a otro sujeto, del delito de uso ilícito de medios de comunicación. En esta muy breve descripción de los hechos se destaca la tipificación múltiple de conductas, la confluencia de distintas clases de delitos, y no solo de aquellos que estrictamente constituyen violaciones de derechos humanos. Se observa la gran dificultad que, por ejemplo en relación con los concursos, surge de estos casos de acciones pluriofensivas.

Los problemas de aplicación práctica de las normas penales comienzan por la dificultad de tipificación de las conductas. En un caso, como el primero señalado, en que desde el momento de la ocurrencia de los hechos hasta la sentencia de casación transcurren 12 años, los operadores se enfrentan a toda suerte de cambios en la legislación, a normas que están contenidas en decretos de estado de sitio que luego se convierten en normas de excepción recicladas en nuevos decretos, con tenores iguales pero en formas normativas diferentes, etc. Ello exacerba, tan solo desde el punto de vista jurídico y sin contar con los problemas extrajurídicos, la dificultad para llevar a buen recaudo los procesos penales.

### *Tercer caso*

La justicia regional, antigua “justicia sin rostro”, produjo sentencia condenatoria contra numerosos sindicatos por hechos ocurridos en enero de 1994 en un barrio de la ciudad de Apartadó, Antioquia, denominado La Chinita. En una fiesta en el lugar se encontraban varios ex guerrilleros, reinsertados y desmovilizados, que fueron ultimados por sujetos que ingresaron al lugar armados y usando prendas de uso privativo de las fuerzas armadas. Se causó la muerte a 35 personas y 12 quedaron gravemente heridas. La Fiscalía llamó a juicio a distintas personas pertenecientes a otro grupo guerrillero, acusadas desde el principio de la comisión del homicidio múltiple, al parecer por disputas y dominios territoriales.

Los delitos por los cuales se los llamó a juicio fueron: homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con tentativa de homicidio y con concurso heterogéneo con el concierto para delinquir con fines terroristas. En algunos casos, además, en concurso con el delito de rebelión. Cerca de 30 personas fueron vinculadas al proceso, en distintas calidades, como autores y cómplices. La tipificación se abrió hasta el delito, contenido en el antiguo decreto 1.194 de 1989, de conformación de grupos ilegales. La sentencia condenatoria se produjo el 22 de julio de 1997, por el juzgado regional de Medellín. Las condenas oscilaron entre los 6 años, en los cuales se mantuvo como centro de imputación el delito de rebelión, hasta 50 y 51 años para quienes directamente cometieron los homicidios y respecto de los cuales se tipificaron los delitos con agravaciones. En la resolución de acusación, recogida en el juicio, se recalca la “sevicia”, la indefensión de las víctimas, y los “motivos abyectos y fútiles”, contenidos en el Código Penal de 1980 como circunstancias genéricas de agravación de las penas.

Estas causales de agravación, por tradición jurisprudencial, hacen que las conductas no se incorporen al delito de rebelión. Por eso, en estas sentencias condenatorias, al contrario de haberse reconocido la complejidad del delito de rebelión y, de esta forma, haberse reconocido que las diversas acciones se incorporaban al combate como núcleo central de la rebelión, las penas se impusieron bajo la figura del concurso heterogéneo de múltiples conductas con el delito de rebelión. Si para este delito existe un tratamiento privilegiado, las exigencias enmarcadas en la noción de complejidad y, por lo mismo, de subsunción de ciertas conductas, en su núcleo central, son muy grandes: los umbrales son muy altos.

#### *Cuarto caso*

Caso recogido en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de agosto de 1999. El 2 de junio de 1992, en horas de la noche y estando un sector de la ciudad de Bogotá sin alumbrado eléctrico, miembros de una célula urbana de un grupo guerrillero, luego de disparar a un agente de policía, activaron un artefacto explosivo contra un Centro de Atención Inmediata de la Policía del lugar. Rápidamente se capturó a uno de los responsables, quien confesó su autoría y a quien se le decomisaron materiales de guerra. La defensa del acusado se basó en la comisión del delito de rebelión, contra la incriminación hecha por el fiscal, del delito de terrorismo. De acuerdo con la defensa, se trataba de una acción militar contra instalaciones del enemigo. En el pliego de cargos, en abril de 1995, se acusó al sindicato por rebelión, terrorismo y homicidio con fines terroristas, de acuerdo con el decreto 180 de 1988 denominado “Estatuto antiterrorista”. El juez regional condenó al acusado a 22 años de prisión por los delitos mencionados.

La demanda de casación se basó en cargo único, “violación directa de la ley sustancial”. A juicio de la defensa, se produjo una aplicación indebida del artículo 1 de decreto 180, ya que, a su juicio, debió aplicarse el delito de rebelión y no el delito de terrorismo.

El defensor alega que, desde el punto de vista fáctico, se pretendió causar reveses militares al enemigo, y no crear zozobra en la población. A juicio de la defensa, no se violaron normas del derecho humanitario. Nótese que aún se juzgaba el caso con base en el Código Penal anterior, pero a lo largo del proceso de juzgamiento se hicieron alusiones a preceptos internacionales. Aunque la legislación penal de entonces no reseñaba explícitamente las infracciones al derecho humanitario, el país era consciente de las leyes de la guerra. Durante la década de los noventa, en el país tuvieron lugar grandes discusiones sobre derecho humanitario, se interpretaron los alcances de su inclusión en la Carta Política del 91, se discutió la incorporación de los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra, etc. La consagración de esta normatividad en el nuevo Código Penal es una consecuencia lógica de todos estos procesos.

Nótese que el caso que se analiza es típico de las fronteras entre el terrorismo y la rebelión, tema al cual se ha hecho referencia en este informe. El concepto de la Procuraduría está articulado sobre referencias al derecho humanitario. Concluye que la acción, a pesar de dirigirse contra un establecimiento de la policía, por su situación en la ciudad y las consecuencias, así como por “la perturbación de la tranquilidad de la ciudadanía a la que se sometió a un estado de transitorio terror”, es constitutiva del delito sancionado, es decir, de terrorismo.<sup>59</sup> Luego, en su sentencia, la Corte hizo referencias interesantes a la complejidad del delito de rebelión, en respuesta al casacionista, que alegó que el homicidio del agente hacía parte integrante de la complejidad de la rebelión. La Corte desechó el argumento del combate, articulado a la noción de complejidad, ya que a su juicio se trató de una acción de sorpresa en plena ciudad, sin los elementos fácticos que dan lugar al combate clásico. Asimismo, citó providencias anteriores (n° 11-837 de febrero de 1999, n° 12-661 de mayo 27 de 1999) en las cuales había definido la noción de combate: es una acción que “comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional. Es una confrontación que implica lucha de contrarios [...] que exige, además, la posibilidad de que se pueda repeler”.<sup>60</sup>

La Sala Penal ahondó en los argumentos, hizo referencia a las leyes de la guerra y estableció que el derecho internacional humanitario no es un mecanismo de autorización de cualquier acto, sino un catálogo de mínimos. Es una decisión que hace parte de una interpretación tradicional de estatutos reguladores de las confrontaciones armadas. Desde el siglo XIX debió entenderse que el derecho de gentes era un estatuto que limitaba las acciones en virtud de la confrontación. Hoy, el derecho humanitario, como su heredero legítimo, es también un estatuto que pretende acotar los efectos de

---

<sup>59</sup> Vista fiscal, tomada de la sentencia de la Sala Penal de la Corte, n° 13-433 del 27 de agosto de 1999, p. 32.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 43.

la confrontación y no una carta a *lunga manus* para la ejecución de toda suerte de actos a nombre de la confrontación. Se trata, además, de un estatuto limitador de las acciones estatales en el marco de los estados de excepción. Como decisión final, la Sala Penal desechó los cargos de la demanda y confirmó la sentencia del tribunal de segunda instancia.<sup>61</sup>

### *Quinto caso*

Se reseña a continuación un caso que ilustra un hecho fundamental en el contexto de la protección penal de derechos humanos y que la condiciona: se trata del conflicto de competencias entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria. En un muy importante fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema, del 6 de marzo de 2003, se falló un caso por vía de casación penal, en el cual el principal problema estaba relacionado con los alcances del fuero militar.

En una población del departamento del Valle del Cauca, en octubre de 1993, un grupo de hombres armados ingresó a una casa de pobladores del lugar, donde cometió toda suerte de abusos. Posteriormente, un grupo de militares se hizo presente en el lugar, adelantando una acción militar contundente contra dicha casa, y ocasionó en ella múltiples muertes civiles. La defensa alegó en su momento estar adelantando un operativo contra grupos insurgentes. Los funcionarios públicos fueron investigados por la justicia ordinaria, pero se generó conflicto de competencia y, en decisión del año 1995, su caso fue adscrito a la justicia penal militar, ya que se consideró que su actuación se dio en el marco del servicio y en la órbita de sus funciones. En 1998 el consejo verbal de guerra condenó con penas ínfimas a los servidores públicos, sentencia en la cual no se tuvieron en cuenta delitos de mayor gravedad, como es el caso de los homicidios múltiples.

En sede de casación penal, luego de ser presentada la demanda por la parte civil, la Corte planteó el problema jurídico central: “¿Puede anularse en sede de casación una actuación por falta de competencia del Juez al que se la asignó la autoridad encargada de dirimir los conflictos sobre tal materia? La respuesta a ese interrogante es: sí, en casos excepcionales”.<sup>62</sup> De esta manera, la Corte casó la sentencia, estimó los argumentos de la parte civil, declaró la nulidad de lo actuado desde el año 1997 —fecha en la cual se declaró el cierre de investigación en la justicia penal militar— y ordenó la remisión del expediente a la justicia ordinaria, dando prelación a la investigación de los hechos de homicidio. Se resolvió de esta manera, en función del control de legali-

---

<sup>61</sup> Los casos contenidos en las sentencias n° 12-661 del 99 y la 11-387 del mismo año son igualmente paradigmáticos e importantes para entender el desarrollo jurisprudencial sobre estos temas. De igual manera, se debe reseñar el caso en el cual la Corte actúa como juez de segunda instancia, en hechos similares al caso destacado. Casación n° 12-051 del 25 de septiembre de 1996.

<sup>62</sup> Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, casación n° 17-550, del 6 de marzo de 2003, p. 24.

dad, el conflicto de competencia generado.<sup>63</sup> Quiere decir que, después de casi una década, el caso tiene que volver a investigarse y juzgarse.

Con estos casos se puede observar con claridad uno de los supuestos de este informe: la aplicación práctica de las normas sobre crímenes internacionales pasa por la dinámica de la confrontación armada en Colombia; nótese, además, que los intérpretes tienen que enfrentar casos en los cuales se mezcla el delito común, en algunos el delito de rebelión, el terrorismo, etc. En el último caso, el juzgador debe establecer los límites del fuero militar. Hay intersecciones muy complejas entre el derecho internacional y el derecho público, complejidad exacerbada por la existencia de una confrontación armada, pero de carácter interno.

### ***Tensiones entre validez y eficacia de las normas penales que buscan proteger derechos humanos***

Una vez reseñados los casos anteriores, se harán consideraciones relacionadas con el “déficit” en la incorporación de la normatividad del Estatuto de Roma en el ámbito interno. Dichas consideraciones serán generales y a manera de ilustración, además de adelantar algunas hipótesis en relación con el problema de la impunidad, teniendo en cuenta las limitaciones propias de este informe.

En relación con la práctica persecutoria, a manera de ilustración puede reseñarse lo siguiente: existe en Colombia el denominado Comité Especial de Impulso a las Investigaciones sobre Derechos Humanos, creado por el decreto n° 2.429 de 1998. En él tienen asiento miembros de las principales instituciones colombianas y, dentro de ellas, desde luego, aquellas encargadas de la investigación penal y disciplinaria de delitos relacionados con derechos humanos. El Comité, que aún hoy no tiene un funcionamiento regular e ideal, ha escogido un número de 132 casos que existe especial interés en impulsar y respecto de los cuales es permanente la preocupación internacional.<sup>64</sup>

Es apenas, desde luego, una de las selecciones posibles. Hay centros de acopio de información en instituciones estatales, en organismos de derechos humanos, en las oficinas de las Naciones Unidas. Este número muestra apenas un monto al cual se ha llegado con ciertos consensos, por lo menos interinstitucionales, y con apoyo de organizaciones regionales de la sociedad civil e incluso del alto comisionado de las Naciones Unidas. Los casos se encuentran en todas las etapas posibles: algunos de ellos llevan años sin ningún tipo de decisión, otros están la etapa de investigación, otros en la etapa de juzgamiento.

Hay otros casos no incluidos en este listado de 132 y que se encuentran en proceso de definición acerca de la justicia competente para conocer de ellos. Tal como se vio en el primer caso reseñado, y muy especialmente en el quinto, en acciones que

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>64</sup> Información obtenida del área de casos del Programa de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Vicepresidencia de la República, octubre de 2002.

comprometen derechos humanos, y en las cuales hay miembros de las fuerzas estatales involucrados, los conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria son comunes, y en su definición los procesos se retrasan años. La competencia es, en esencia, un problema político: los alcances dogmáticos, en su definición, están sometidos a una extrema presión política. En un oficio enviado por el Consejo Superior de la Judicatura a la Vicepresidencia de la República en el mes de agosto de 2002, en relación con conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, se registran, según el radicado al año 2001, cerca de 40 casos.<sup>65</sup>

El número de casos escogido por el Comité es, además, un número global para identificar ciertos casos sobre los cuales hay especial interés, pero en la gran mayoría de ellos existen las más diversas acciones, de tal manera que la multiplicidad es enorme: cada uno se multiplica. Hay casos, especialmente de homicidios múltiples, que comprometen a decenas de sujetos activos, de manera que el problema de la adecuación típica de las conductas, de la conexidad procesal, los hace muy complejos. Incluso es frecuente la ruptura procesal en muchos de ellos. Se trata, además, de casos que se ventilan bajo el Código Penal anterior, de tal manera que la comunidad jurídica apenas se apresta a ventilar casos con base en los tipos penales recientemente incorporados. Algunos de los casos mencionados se encuentran en el sistema interamericano, y respecto de estos se han producido múltiples manifestaciones de los organismos de dicho sistema. Hay casos en los cuales, a pesar de la preocupación internacional permanente, dentro del país no se observa ningún avance en cuanto a la posibilidad de ser fallados.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Aún no existen proyectos de reforma relacionados con la implementación legal del Estatuto de Roma.

### ***II. Valoración jurídica del déficit encuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

Colombia ha ratificado prácticamente todos los tratados y convenios internacionales que guardan relación con los temas considerados. Hace parte del sistema interamericano de derechos humanos y ha asumido obligaciones concretas en el ámbito internacional.

Como se puede observar en las discusiones del Congreso en torno a la ley que pretendió incorporar delitos de *lesa humanidad* a la legislación penal, los congresistas subrayaban la necesidad de estar a tono con la legislación internacional. Incluso, a

---

<sup>65</sup> Ídem, noviembre de 2002.

veces esto parece ser prioritario frente a la creación de condiciones efectivas para que las normas puedan regir. Se afirmaba, por ejemplo, la *conveniencia* de “aprobar este proyecto a la mayor brevedad posible, porque la verdad es que el país está en mora ante el concierto internacional de tipificar estas conductas gravísimas”.<sup>66</sup> Además, se hizo relación una y otra vez al número de convenios y tratados ratificados por Colombia, de los cuales se derivaría la obligación internacional para los Estados de tipificar las conductas allí declaradas como delitos.<sup>67</sup>

Hace falta, sin duda, implementación legal de diversos instrumentos. Pero, de manera general, puede decirse que el problema en torno a la sanción efectiva o posible de las conductas no se refiere tanto a la falta de normas como a problemas de eficacia práctica. Incluso, como se ha dicho, en algunos casos parecería que la puesta a tono con el concierto internacional es más importante que la creación de condiciones efectivas para la implementación práctica de la legislación. (Esta consideración se ampliará en el apartado final, en el cual se adelantan reflexiones en torno a las tensiones entre validez y eficacia de las normas.)

### III. Debate jurídico-político

Según Augusto Ibáñez, un activo autor en relación con el tema, de manera general, aunque se pone el acento en los delitos de *lesa humanidad* en el Estatuto de Roma, es menester implementar legislativamente las normas de dicho Estatuto. Así, luego de un análisis de sus normas en relación con el Código Penal, concluye: “El cuestionamiento queda indemne. ¿Quedó la legislación interna en postura de cumplimiento de protección de la población civil y respecto al umbral diseñado internacionalmente, y que es o hace parte del bloque de constitucionalidad?”<sup>68</sup> Se pregunta, además: “¿Se está en postura de entender que los crímenes de *lesa humanidad* se comenten como parte de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, en donde el ‘exterminio’ comprende la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población?”<sup>69</sup> Otra pregunta formulada por el autor: “¿El crimen de *apartheid* se entiende como los actos inhumanos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener dicho régimen?”<sup>70</sup>

A su juicio, respecto de estas preguntas no existe en el país, de acuerdo con la legislación interna, la “postura” necesaria para la comprensión de los elementos que,

---

<sup>66</sup> Comisión primera del Senado de la República, “Acta número 12 de 1998 (octubre 20)”, *Gaceta del Congreso* 369, 23 de diciembre de 1998, p. 29.

<sup>67</sup> *Gaceta del Congreso* 37, 7 de abril de 1999.

<sup>68</sup> Augusto Ibáñez, o. cit., 2002, punto 6.4.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

según el Estatuto de Roma, componen estos crímenes. Por esa razón Ibáñez afirma que es “menester la implementación legal del ‘Estatuto de Roma’”.<sup>71</sup> Mientras tanto, desde el punto de vista institucional, puede decirse que en cualquier intento por mermar el impacto de la impunidad que adelanten las instituciones, antes de una implementación legal del Estatuto, ellas deberán trabajar simultáneamente tanto con las normas del Código Penal, como con las normas del Estatuto de Roma. Ello de acuerdo, desde luego, con los principios contenidos en el Estatuto.<sup>72</sup>

En el estudio reseñado que hace la Corte Constitucional de las normas del Estatuto de Roma, hubo intervenciones ciudadanas ante el juez constitucional. En una de ellas, además de la defensa de la constitucionalidad del instrumento y de su necesidad para el caso colombiano, se adelanta una reflexión hacia el futuro, en relación con el fin de la prevención, el cual se liga, además, con el derecho a una justicia para las víctimas. En este punto se insiste de manera prioritaria: “la clara finalidad que desarrolla la Corte Penal Internacional es la de enfrentar la impunidad y la de reconocer a las víctimas su derecho a la justicia y el derecho a acceder a este mecanismo internacional de protección bajo las condiciones señaladas en su Estatuto”.<sup>73</sup> En otra intervención individual se alerta sobre la necesidad de concebir las normas del Estatuto de Roma, con implicaciones concretas hacia el futuro en cuanto a su implementación, en función del bloque de constitucionalidad.<sup>74</sup>

Esta alusión al bloque de constitucionalidad no deja de ser problemática. Como ya se estableció en este informe, hay confusión cuando se implementan los instrumentos internacionales en el ámbito interno. Con claridad se señala al respecto en un estudio citado: “Así pues, la jurisprudencia debe ser la vía de entrada del derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos al orden interno, esto es, como criterio hermenéutico. Al contrario, es un riesgo innecesario introducir nociones ambiguas propias de dichos campos en la formulación misma de la ley”; esto es, cuando se trata de la ley penal. No obstante, en la jurisprudencia se notan también fallas y ambigüedades: “Se debe tener presente la imprecisión con que la jurisprudencia constitucional ha interpretado los instrumentos internacionales que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad. Existe una confusión significativa en las definiciones y los contenidos, por ejemplo, del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas imperativas; igualmente sobre la aplicabilidad

---

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Sobre los desafíos que hacia el futuro representa, en concreto, el principio de complementariedad, véase Oscar Julián Guerrero, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, 2002, pp. 123 y ss.

<sup>73</sup> Escrito de intervención de la Comisión Colombiana de Juristas ante la Corte Constitucional, p. 9. Sobre la tríada *víctima, justicia y reparación*, véase Mario Madrid Malo, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, 2002, pp. 145 y ss.

<sup>74</sup> Intervención del ciudadano Ernesto Rey Cantor ante la Corte Constitucional. Tomada de la sentencia C-578 de 2002, p. 15.

del derecho internacional humanitario y su relación con el derecho internacional de los derechos humanos; e incluso se llega a afirmar la identidad entre el derecho consuetudinario y el *ius cogens*".<sup>75</sup>

En todo caso, se trata de hechos irreversibles, que implican grandes desafíos. En la intervención institucional ante la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, institución que ha sido especialmente activa en relación con el tema, subraya que "la Corte Penal Internacional supone un reto para todos los colombianos de respeto integral por los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No se puede menos que asumir el desafío y estar a la altura de este reto que se impuso la comunidad internacional hace cuatro años".<sup>76</sup> La Corte, por su parte, en el extenso estudio sobre el tema reseñado y sin que ello indique una constitucionalidad condicionada, aclara los puntos, ya analizados aquí, respecto de los cuales el Estado colombiano debe dedicar especial atención en el momento de implementar las normas del Estatuto de Roma. Establece las bases jurisprudenciales para la interpretación y aplicación de las normas.<sup>77</sup>

La irreversibilidad del proceso descrito se hace evidente en decisiones recientes del sistema judicial colombiano que se inscriben en la lógica de la protección internacional de derechos humanos. Si, como lo ha dicho repetidamente un autor como Kai Ambos, el Estatuto de Roma, antes que cualquier otra cosa, constituye un "motor" para el impulso en el ámbito interno de mecanismos de implementación de la lógica internacional de protección, así deben entenderse ciertas decisiones.<sup>78</sup> La Corte Constitucional estudió una demanda contra el numeral 3° del artículo 220, que se refiere a la procedencia de la acción de revisión en caso de que después de la "sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad".

La Corte aprovecha la norma citada para adelantar un juicio de proporcionalidad respecto de la posición de la víctima y en relación con la exclusión de la revisión de las sentencias absolutorias. Es decir, se pregunta si es dable que el legislador reconozca la posibilidad anotada tan solo para el condenado y respecto de sentencias condenatorias, en función del respeto a la prohibición de la doble incriminación. La Corte

---

<sup>75</sup> Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 187. La autora trae a cuento un ejemplo muy interesante de la jurisprudencia constitucional. A través de una sentencia, se establece un derecho fundamental de comunidades indígenas a la no "desaparición forzada", relacionada con la preservación de su entorno ecológico. Así, según la Corte, la inacción estatal respecto de la protección del entorno, "dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un *etnocidio*, consistente en la desaparición forzada de una etnia...". Cita de la sentencia n° T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes, en Claudia Medina, o. cit., 2002, p. 171.

<sup>76</sup> Tomado de la sentencia de la Corte Constitucional n° C-578 de 2002, p. 12.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, pp. 196 y ss.

<sup>78</sup> Ponencia de Kai Ambos sobre "Obligación y modelos de implementación del Estatuto de Roma", en el seminario internacional sobre el tema, celebrado en Montevideo los días 27 y 28 de febrero de 2003.

declara la exequibilidad del precepto, pero condiciona su interpretación. Así, según la corporación, “la ley puede, dentro de ciertos límites, relativizar el principio del *non bis in idem*, a fin de favorecer los derechos de las víctimas”.<sup>79</sup> A su juicio, “la restricción impuesta es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”. Es decir, la Corte eleva los umbrales de exigencia frente a la flexibilización de principios caros al derecho penal, de tal manera que solo sea posible hacerlo en función de graves violaciones de derechos humanos. A su vez, la Corte se refiere a la obligación estatal de investigar este tipo de crímenes, “caso en el cual deben ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con carácter de cosa juzgada”.<sup>80</sup> De esta manera, es hoy posible en Colombia, en función de la protección de las víctimas, reabrir procesos, incluso si en ellos se han producido sentencias absolutorias, cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos. Se establece una condición final: una instancia competente debe certificar la inoperancia estatal en el cumplimiento de su obligación de investigación.

Se trata, sin duda, de una decisión muy polémica; es por ello que hubo varios salvamentos de voto a la sentencia adoptada. Se trata de la vieja tensión, descrita en la famosa fórmula de Gustav Radbruch, entre *seguridad jurídica* y pretensión de *justicia material*.<sup>81</sup> Hoy, podría decirse que esa pretensión de justicia material no encuentra respuesta en un derecho “supralegal justo”, concebido por Radbruch, sino en una normatividad, positivizada, que hace parte del desarrollo del derecho de los derechos humanos. De hecho, en el sistema interamericano se advierte la intención de promover una interpretación de la acción de revisión, tal como la que aquí se reseña.<sup>82</sup>

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

No los hay

---

<sup>79</sup> Se cita el comunicado de prensa oficial de la Corte, de marzo de 2003, en relación con el expediente D-4041, ya que al momento de redactarse la versión final del presente informe la providencia se encontraba en proceso de firmas (p. 1 del comunicado).

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Se trata del conocido trabajo sobre derecho supralegal justo vs. derecho legal injusto. Radbruch, en Radbruch, *Relativismo y derecho*, 1992, pp. 25 y ss.

<sup>82</sup> En el caso colombiano, tal como se ha dicho, en virtud del *principio de integración* establecido en la legislación penal, sustancial y procesal, y en virtud de la posibilidad excepcional, de cara al derecho internacional, de flexibilizar la prohibición de doble incriminación, la polémica decisión reseñada encuentra sustento legal y constitucional.

## **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Colombia**

Gran parte de la valoración personal está de antemano expuesta en el informe, tanto en el acápite sobre la salvedad adoptada por el Estado colombiano, como en el punto anterior, relacionado con el debate en torno a la adopción del Estatuto y los desafíos alrededor de su implementación. En relación con la salvedad, ello demuestra, siguiendo los lineamientos expuestos en la introducción, que en gran medida el desarrollo del conflicto armado condicionará la aplicación práctica y la implementación del Estatuto de Roma en el caso colombiano.

Además de este aspecto esencial, es necesario hacer hincapié en otro de igual importancia. Una de las mayores paradojas que ofrece el caso colombiano es el contraste mayúsculo entre la gran cantidad de normas que regulan todos los aspectos posibles y su escaso resultado práctico y efectivo. En comparación con otras naciones, puede decirse sin duda que desde el punto de vista legislativo —y, desde luego, más allá de las diferencias, por ejemplo, entre la forma como se regula el genocidio en el Código Penal y la manera como se regula en el Estatuto de Roma— hay una normatividad consistente y apropiada. Por supuesto, debe ser implementada, pero existe y el debate legislativo ha sido rico. Y no obstante, hay una enorme cantidad de casos que no son procesados por el sistema judicial. La legislación opera en un escenario que no está preparado para ella.

A continuación se harán algunas consideraciones en función de este problema señalado, que también serán consideraciones sobre la impunidad, teniendo en cuenta que se trata de un tema inagotable, tanto más en un informe como este. En todo caso, no se trata de abordarlo aquí desde el punto de vista meramente estadístico. Una valoración sobre el déficit, tanto legislativo como de implementación práctica del tema tratado, debe detenerse en la reflexión clásica en derecho acerca de las tensiones entre validez y eficacia, entre normatividad y contexto fáctico, entre facticidad y validez.

Para adelantar el análisis, se puede encontrar ayuda en la teoría de sistemas y, dentro de ella, su teoría del derecho, desarrollada por Niklas Luhmann. La función del derecho es, para Luhmann, la estabilización racional de las expectativas sociales. El derecho no actúa sobre las conductas, no solo ofrece seguridad —como en el esquema hobbesiano— ni su esencia es —como en Kelsen o Weber— la coercibilidad. La esencia del derecho es para Luhmann la racionalización de las expectativas sociales de conducta. El derecho, como sistema de reducción de complejidad, actúa entonces incluso sobre aquello que es anterior a la conducta exteriorizada: sobre la *expectativa*. Esta es la que, en el desarrollo de la historia de la sociedad, impone la necesidad del derecho como un sistema social de reducción de complejidad.

La estabilización de expectativas se lleva a cabo de diferentes maneras y en diferentes ámbitos. En el ámbito social, para que sea estable racionalmente el derecho se necesita crear una “economía política del consenso”. Es decir, si bien desde el punto de vista empírico es imposible medir efectivamente el consenso que subyace al

orden jurídico imperante en un país, es imprescindible para el derecho presuponer —dar por supuesta— la existencia de un consenso sin el cual de hecho socialmente es imposible el funcionamiento del sistema jurídico. Se trata de un consenso que, si bien se da como presupuesto, se halla en todo caso basado en una efectiva reducción de complejidad en el tiempo adelantada por el sistema del derecho. Dicho consenso se puede traducir en un hecho fundamental: *el principio de confianza*. Si el derecho es un modelo de estabilización de expectativas sociales de conducta, la expectativa individual es apenas una parte del juego social del derecho; para que este se complete es necesario que la expectativa circule en doble vía: es decir, un individuo se comporta de tal manera frente a otro en la medida en que sabe que el otro se comportará frente a él de la misma manera. Si un individuo respeta el derecho, es porque presupone que el otro con el cual él se relaciona también lo respeta: así funciona el principio de confianza, como una regla de oro sin la cual no funciona un sistema jurídico. Por eso se ha dicho aquí que la expectativa es incluso anterior a la exteriorización de las conductas.

Ahora bien, cuando se produce una decepción de las expectativas, es decir, cuando se incumple un fin del derecho, por ejemplo, en el caso del derecho penal, la función de la norma que se impone al infractor —y la pena— es la de estabilizar la estructura social que ha sido vulnerada. (Esta es la función de la pena que, por ejemplo, Günther Jakobs le asigna al derecho penal en su interpretación particular de la obra de Luhmann. No se trata aquí de discutir la postura de Jakobs, que ha sido cuestionada; lo que interesa es observar la relación de esta función con la existencia de la impunidad.) Así, entonces, adquiere pleno sentido la idea de “estabilización contrafáctica”, desarrollada por Luhmann con lucidez: “Las normas jurídicas son entonces expectativas de conducta estabilizadas contrafácticamente”.<sup>83</sup>

Pero, justamente por esta misma razón, cuando el derecho pretende responder y actuar sobre contextos sociales que de manera generalizada se colocan por fuera de las mínimas reglas del derecho, cuando no existe un principio mínimo de confianza, entonces la *estabilización contrafáctica* se hace sobre el vacío: el derecho no puede afirmar la estructura social vigente, simplemente porque no existe ninguna estructura social que afirmar. Esto es especialmente problemático en función de las normas que comprometen graves violaciones de derechos humanos: se trata de mínimos, sin los cuales es impensable siquiera la idea misma del derecho como mecanismo de regulación de conflictos sociales.

Aplicando esta conclusión al problema de la impunidad, se establece que ella no se puede tematizar correctamente como la negación de ciertos fines del derecho, ni la ocurrencia de actos que son contrarios al orden jurídico y que no son percibidos por este: se trata de toda una forma de actuar socialmente, precisamente contraria por esencia al derecho. Si bien en principio la validez de una norma jurídica se da independientemente de su cumplimiento o incumplimiento fáctico, cuando ella se incum-

---

<sup>83</sup> Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1987, p. 43 (traducción libre).

ple de manera masiva simplemente se subvierte la ecuación entre validez e indiferencia del cumplimiento fáctico. Ya no se trata de una tensión dentro del derecho; se trata más bien de conductas que por su grado de generalización prácticamente constituyen formas de organización social paralelas al orden jurídico como sistema de normas para reducir complejidad. Aquí adquiere sentido la recurrencia, en los análisis sobre el problema, a las estadísticas que hablan del 90 por ciento o más de impunidad.

Cuando en un orden jurídico se produce un ascenso del número de ciertas conductas que en un momento determinado no son objeto de investigación o juzgamiento —piénsese en delitos sexuales, por ejemplo—, se puede hablar con acierto de la existencia de una situación de *impunidad*. Concretamente: impunidad en relación con los delitos sexuales. El punto de partida para este análisis es la existencia del funcionamiento del orden jurídico, que se ve perturbado empero en uno de sus fines. Sin embargo, cuando se trata de toda una estructura de comportamiento generalizada, de una forma contraria al derecho de estabilizar expectativas, entonces ya no se estaría tanto ante una situación específica de impunidad, sino ante una especie de situación prejurídica de relaciones sociales.

Por esa razón, y extremando el análisis a partir de Luhmann, se podría decir incluso que la impunidad, en el caso colombiano, constituye una especie de estabilización de comportamientos sociales contraria al derecho, pero que se configura como una forma de vivir —o morir— de una gran cantidad de personas en una sociedad que soporta una anomia estructural profunda.<sup>84</sup> El mismo Luhmann pensaría, por ejemplo, que es posible eventualmente estabilizar cierta forma de expectativas sociales a través del terror. Pero ello nunca podrá ser duradero; es decir, el terror no puede estabilizar estructuras sociales: la obediencia de tipo medieval, sin consensos sociales, sin creación de un principio de confianza, no es duradera. Esta conclusión puede significar una especie de esperanza para la construcción de mínimos en torno al respeto efectivo por el derecho en el caso colombiano.

La masificación de crímenes, la ocurrencia diaria de estos sin que el sistema penal los aborde, la generalización de la impunidad, la existencia de una especie de estabilización de reglas de conducta por fuera de toda noción del derecho, recuerdan una frase de Bertolt Brecht recientemente utilizada en un debate sobre la crisis colombiana: “Cuando los crímenes se acumulan, se vuelven invisibles. Cuando los padeci-

---

<sup>84</sup> Estas observaciones pueden ser cercanas a la noción de *impunidad estructural* planteada por Kai Ambos en su análisis comparado en algunos países de América Latina. Citando a un autor colombiano, Jesús Antonio Muñoz, Ambos destaca la idea según la cual el problema de la impunidad, visto de manera tradicional, es de segundo rango si se aborda desde el punto de vista del “contenido reglamentario del derecho penal”. Así, el acento se coloca en aquellos conflictos que son procesados por el derecho penal y aquellos que no lo son, y la pregunta de fondo se traslada a la razón por la cual ello tiene lugar. Es decir, la pregunta se traslada al poder de definición. Así, el debate tradicional sobre la impunidad pasa a un segundo plano, en la medida en que la distancia entre los preceptos legales y su procesamiento por parte del sistema deja de ser la pregunta fundamental. Kai Ambos, *Impunidad*, 1977, p. 39.

mientos se tornan insoportables, ya no se oyen los gritos. Es esta insensibilidad la que tenemos que combatir, pues su grado extremo es la muerte”. La suma inconsecuente de normas, el acopio de tratados e instrumentos sin crear las condiciones para que ellos operen, hacen más invisibles las conductas que no llegan al derecho. A quien está por fuera del derecho le es tan indiferente la incorporación de nuevas normas como el endurecimiento de las ya existentes. Sabe, simplemente, que sobre él no existe la expectativa de ser alcanzado por el precepto normativo.

Así, entonces, quizá se trate, mejor, de impulsar estrategias que, desde el derecho penal como punto de partida, pero en un compromiso de actuación interinstitucional en los más diversos frentes, sirvan para *incorporar* al lenguaje del derecho el problema de la impunidad. Es decir, convertirlo en un problema jurídico, de tal manera que cuando el derecho penal actúe —por ejemplo, encontrando efectivamente responsables de una violación de derechos humanos—, lo haga dentro de un contexto de actuación efectiva del derecho, y no como un instrumento simbólico que, *a contrario sensu*, sea incluso funcional a la impunidad. Cuando la impunidad es tan generalizada, pequeñas capturas y pequeñas decisiones pueden convertirse en recursos ideológicos para mostrar una especie de mejoría completamente insustancial. Es decir, esos pequeños logros se convierten en funcionales y reafirman la impunidad. No se cumple ningún fin del derecho. Menos aún, el fin de la prevención, que hace parte recurrente de los estudios sobre el Estatuto de Roma.<sup>85</sup> En esta construcción de consensos, en la creación de un lenguaje cultural en función del derecho, es donde mayor déficit se observa, a juicio del autor de este informe, en el proceso de adecuación nacional a propósitos comunes en la comunidad de naciones. Es allí donde es necesario actuar con decisión y perseverancia.

---

<sup>85</sup> Esta idea fue ampliamente discutida con Carlos Arturo Gómez, viceprocurador general de la Nación, para quien los resultados aislados, a pesar de que puedan cumplir eventualmente con el fin de la retribución penal, en relación particular con las víctimas, no cumplen el fin de la prevención y corren el riesgo de terminar siendo funcionales a la situación de anomia generalizada (entrevista celebrada el 18 de abril de 2002).

## Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 1999, pp. 101-146.
- AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, edición colombiana de Ciedla, Dike y otras, 1997.
- AMBOS, Kai (con la colaboración, para el caso colombiano, de Fernando VELÁSQUEZ y Deryl GUERRERO), “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, en *Revista Penal*, n° 10, julio de 2002, Madrid, pp. 130-160.
- APONTE, Alejandro, *¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídico-política*, Universidad Javeriana, Bogotá, en prensa.
- BASSIOUNI, Cherif, “La jurisdicción penal universal”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 13-25.
- BASSIOUNI, Cherif, *Derecho penal internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Código Disciplinario Único*, Temis, Bogotá, 2002.
- Código Penal Militar*, Legis, Bogotá, 2001.
- EBERT, Udo, “Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip”, en Guido Britz y otros (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Múnich, 2001, pp. 171-185.
- ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México-Colombia, 1997.
- ESER, Albin, “Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug”, en Albin Eser y otros (eds.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gößner zum 65. Geburtstag*, Múnich, 2001, pp. 3-31.
- GUERRERO, Oscar Julián, “Desafíos de la complementariedad para el sistema colombiano de justicia”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 123-132.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).
- IBÁÑEZ, Augusto, “El ‘sistema penal’ en el Estatuto de Roma” (versión previa a la publicada), Bogotá, noviembre de 2002.
- LAGODNY, Otto, “Legitimation und Bedeutung des Ständigen internationalen Strafgerichtshofes”, en *ZStW* 113 (2001), cuaderno 4, pp. 801-826.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987.

- MADRID MALO, Mario, “Las víctimas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Vicepresidencia de la República, *Verdad, justicia y reparación. Corte Penal Internacional*, Bogotá, julio de 2002, pp. 145-153.
- MEDINA AGUILAR, Claudia, “El derecho penal de los derechos humanos. El Estatuto de Roma como articulador entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal colombiano”, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, noviembre de 2002.
- OROZCO ABAD, Iván (con la colaboración de Alejandro APONTE), *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Temis, Bogotá, 1992.
- RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en Gustav Radbruch, *Relativismo y derecho*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 25-42.
- RAMELLI, Alejandro, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Universidad Externado de Bogotá, 1999.
- Régimen Penal Colombiano*, Legis, Bogotá, 2002.
- RODRÍGUEZ, Carlos, “La impunidad no puede ser el sustento de una paz duradera”, documento presentado al seminario sobre Tribunal Penal Internacional, Universidad Javeriana y otras, Bogotá, noviembre de 2002.
- SEIDEL, Gerd, y Carsten STAHN, “Das Statut des Weltstrafgerichtshofs. Ein Überblick über Entstehung, Inhalt und Bedeutung”, en *Jura* 1999, cuaderno 1, pp. 14-21.
- VARGAS, Clara Inés, *Análisis del Estatuto de la Corte Penal Internacional y su importancia para Colombia*, Cancillería de Colombia, Bogotá, 2002.
- VEST, Hans, “Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, en *ZStW* 113 (2001), cuaderno 4, pp. 457-497.
- WERLE, Gerhard, “Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht”, en *ZStW* 109 (1997), cuaderno 7, pp. 808 y 829.

**Paul Hernández Balmaceda**

## **Costa Rica**

### **A. Introducción**

Para comprender la incidencia de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente (Estatuto de Roma) dentro del ordenamiento interno de Costa Rica es necesario hacer referencia, en primer lugar, a los principios que lo informan.

En la cúspide del ordenamiento penal costarricense, como en el de la mayoría de los sistemas penales, siguiendo el viejo esquema kelseniano, se encuentra la Constitución Política. La actual data de noviembre de 1949<sup>1</sup> y sienta las máximas que impregnan el derecho penal, tanto desde su óptica material como procesal.

Junto con el principio democrático,<sup>2</sup> el de legalidad es otro de los pilares sobre los que se asienta el sistema penal costarricense. De hecho el artículo 28<sup>3</sup> constitucional prevé que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley; y especialmente el numeral 39<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Es producto de una Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron electos democráticamente luego de la Guerra Civil de 1948. No obstante, debe resaltarse que una de las notas características de Costa Rica es su estabilidad política; de hecho recientemente la revista *Strategic Finance* (vol. LXXXIII, n° 7, enero de 2002, pp. 21, 43; también en <www.strategicfinancemag.com>) la ubica en el lugar 20 entre los 25 países del mundo políticamente más estables, en el primer lugar en América Latina e, incluso, por sobre países de la Unión Europea como España o Francia.

<sup>2</sup> Desarrollan el tema del principio democrático que contiene la Constitución Política de Costa Rica Luis Mora Mora y Sonia Navarro Solano, 1995, p. 26. Un análisis más reciente lo plantea Juan Marcos Rivero Sánchez, 1998, p. 34.

<sup>3</sup> El texto integral es: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”.

<sup>4</sup> Dicha norma en su primer párrafo dispone literalmente: “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. Reconociendo la enunciación del principio de legalidad penal en la norma supracitada se ha pronunciado también la Sala Constitucional en el voto 6660-93.

dispone que a nadie se hará sufrir pena sino es por delito, cuasidelito<sup>5</sup> o falta sancionados por ley anterior.

De esta última previsión la Sala Constitucional <sup>6</sup> hace dos derivaciones: el *derecho general a la justicia* y el *derecho general a la legalidad*. En su análisis, valga hacer notar, dicho tribunal refiere a otras normas complementarias, también de carácter constitucional, y además a las que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, para completar un marco de principios, garantías y derechos esenciales que han de regir en el sistema penal democrático diseñado por el constituyente para Costa Rica.

Debe advertirse, no obstante, que el desarrollo que realiza la Sala Constitucional no diferencia claramente entre aquellos principios que son propios del derecho penal material y los que atañen al derecho procesal penal, por lo que cita y analiza máximas que incumben a uno o a otro en una clasificación indistinta.

De la primera vertiente, a saber, de la que corresponde al llamado *derecho general a la justicia*, derivan toda una serie de requisitos orgánicos, si se quiere, y que son ya sabidos respecto de la administración de justicia en general: tribunales imparciales, independientes,<sup>7</sup> derecho al juez regular,<sup>8</sup> por ejemplo.

Siempre dentro de ese mismo grupo se resalta, desde una dimensión programática, el concepto de *debido proceso*. En la Constitución costarricense concretamente, y de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Sala Constitucional, se lo ubica en los numerales 27<sup>9</sup> y 41<sup>10</sup> de la Carta Magna, que a su vez corresponden, cada uno de ellos por separado, a postulados de igualdad en el acceso a la justicia (no discrimi-

---

<sup>5</sup> Aún conserva esta distinción de principios del siglo XX, a pesar de que en el Código Penal vigente no se mantiene, lo que se explica por la fecha en que entra en vigor la actual Constitución Política de Costa Rica: 1949.

<sup>6</sup> En el voto 1739-92.

<sup>7</sup> Sobre independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal costarricense, véase Mario Houed Vega, 1997, p. 36; Luis Paulino Mora Mora, 1996, p. 20; entre otros autores costarricenses. Igualmente los votos 1148-90, 1739-92, 6829-93, 1562-93, 765-94, 2621-95 de la Sala Constitucional.

<sup>8</sup> Este último previsto en el artículo 35 constitucional: "Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo a esta Constitución". El mismo tribunal constitucional ubica dentro del derecho general a la legalidad penal, en su concepción amplia, el derecho a un juez regular que prevé la norma que se cita aquí íntegramente.

<sup>9</sup> Dispone dicha norma: "Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial y el derecho a obtener una pronta resolución". De donde es posible derivar igualmente el derecho de las víctimas a obtener respuesta de parte del Estado ante el agravio que puedan haber sufrido, lo que tiene trascendencia a efectos de su exigibilidad ante el propio órgano jurisdiccional constitucional en caso de incumplimiento, tema este que es bastante sensible tratándose de los tipos penales del derecho internacional penal.

<sup>10</sup> Artículo que se enuncia de la siguiente manera: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes". Como se ve, tanto el artículo anteriormente citado (27 constitucional) como el que acá se transcribe se entrelazan y sirven de

nación)<sup>11</sup> y el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente (derecho a una sentencia justa y oportuna).

De la segunda vertiente, a saber, del *derecho general a la legalidad*, resalta obviamente el principio de *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, que se enuncia en el artículo 39<sup>12</sup> constitucional ya aludido. También el de retroactividad favorable de la ley penal (o no irretroactividad de la ley penal en perjuicio), que se contempla en el artículo 34<sup>13</sup> del mismo cuerpo normativo, el principio de inocencia, el de *in dubio pro reo* y otros de índole procesal, entre los cuales cabe mencionar el derecho de audiencia y defensa,<sup>14</sup> el de doble instancia,<sup>15</sup> eficacia formal (cosa juzgada) y material de la sentencia.<sup>16</sup>

Todo ello, expuesto de manera sucinta, conforma un marco constitucional general que atañe al sistema penal nacional. Sin embargo, no podemos dejar de destacar el hecho de que dentro de la jerarquía que adquieren los tratados ratificados por Costa Rica sobresalen los relativos al derecho internacional de los derechos humanos. Esto por cuanto en reiterados votos la Sala Constitucional<sup>17</sup> ha interpretado (de la relación de los artículos 7<sup>18</sup> y 48<sup>19</sup> de la Constitución Política) que: “Los instrumentos de

---

sólido fundamento para posibilitar el reclamo de las víctimas, tanto de una acción por parte del Estado frente a un delito de derecho penal internacional, como también frente al Estado mismo, cuando por acción, omisión o negligencia se produzca el agravio. La ventaja de la jurisdicción constitucional, aparte de la obligatoriedad en el cumplimiento de sus resoluciones, radica en el hecho de que, para efectos prácticos, una sentencia que reconoce la violación de este o de cualquier otro de los derechos protegidos constitucionalmente es directamente ejecutoria por parte del agraviado, lo que implica que en el ámbito procesal se encuentra posibilitado a acceder a la liquidación del daño, directamente.

<sup>11</sup> Cuya previsión específica se halla en el numeral 33 constitucional: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”, que también se desarrolla en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> Última cita, nota 4. Que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Acerca del principio de legalidad penal en Costa Rica, véase también Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-76.

<sup>13</sup> De manera integral: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”.

<sup>14</sup> Ambos contenidos de manera general en el artículo 39 constitucional, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en especial y de forma amplia en el Código Procesal Penal.

<sup>15</sup> Su previsión, ante la carencia de una norma expresa en el orden constitucional, se deriva, de acuerdo con la interpretación de la Sala Constitucional costarricense en el voto 1739-92, de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, párrafo 2, inciso *h*). Véase además Daniel González Álvarez, 1994, p. 78.

<sup>16</sup> También contenido en el párrafo 4 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>17</sup> 3435-92, 5759-93 y 2313-95.

<sup>18</sup> “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

<sup>19</sup> “Toda persona tiene derecho al recurso de Hábeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos

Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas *privan por sobre la Constitución*” [cursivas añadidas].

Aparte de la evidente trascendencia que esta posición tiene con respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en general, debemos subrayar que los tratados que conforman dicha área específica, que han sido ratificados debidamente por Costa Rica y que a su vez contienen previsiones en materia de derecho penal internacional podrían tener esa jerarquía<sup>20</sup> o, en todo caso —y esto es válido para cualquier otro tipo de tratado—, prevalecen sobre la legislación ordinaria, en la cual se encuentran el Código Penal, las leyes penales secundarias y el Código Procesal Penal, lo que ampliaremos más adelante.

Tal y como veremos en este informe, el papel que ha de desempeñar el Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico-penal de Costa Rica está por definirse. Por el momento ha propiciado una resolución de la Sala Constitucional<sup>21</sup> y una reforma muy reciente de ley sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional,<sup>22</sup> aunque en la práctica debe analizarse su verdadera incidencia, lo que haremos posteriormente. Por de pronto, bástenos indicar que tal tratado fue firmado por Costa Rica el 7 de octubre de 1998, la Sala Constitucional votó acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del tratado en resolución de 14:56 horas de 1 de noviembre de 2000, fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8.083) y ratificado el 7 de junio de 2001.

No existe en el ordenamiento costarricense una ley especial que se refiera a los delitos previstos en el Estatuto de Roma,<sup>23</sup> ni tampoco existe un código penal militar.<sup>24</sup> Por ello hemos de centrar nuestra atención directamente en el Código Penal y, eventualmente, en los convenios internacionales que contienen previsiones de carácter penal y que son aplicables a Costa Rica. Esto sin que se prescinda, para otros efectos, de la referencia a la normativa procesal penal (Código Procesal Penal) y a la orgánica (Ley Orgánica del Poder Judicial o Ley Orgánica del Ministerio Público).

---

internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10 [constitucional]”.

<sup>20</sup> En la medida en que reconozca mayores derechos de los que contiene la propia Constitución Política nacional, que es el supuesto en que esa jerarquía es posible de acuerdo con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la hipótesis de que en algún caso alguno de dichos instrumentos otorgue un acceso de las víctimas a la tutela judicial más amplio que el que pueda brindar el ordenamiento nacional, incluido el constitucional.

<sup>21</sup> Consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1º de noviembre de 2000 sobre el proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma.

<sup>22</sup> Proyecto de ley publicado para su estudio y debate en la Asamblea Legislativa en el periódico oficial. *La Gaceta* n° 129, del jueves 5 de julio de 2001; <www.imprenal.go.cr>.

<sup>23</sup> Como la VStGB-E alemana.

<sup>24</sup> Por cuanto Costa Rica carece de ejército desde hace más de cincuenta años.

El Código Penal actual data de marzo de 1970,<sup>25</sup> entró en vigor un año después y ha sido objeto de reformas parciales muy puntuales, la más reciente de las cuales es de mayo de 2002.<sup>26</sup> Aun así existe un proyecto de Código Penal que todavía se encuentra pendiente de discusión en la Asamblea Legislativa,<sup>27</sup> con el que se concluiría la reforma al sistema penal iniciada con la transformación del proceso introducida por el Código Procesal Penal de 1996,<sup>28</sup> al que también haremos referencia más adelante en lo que es de nuestro interés.

En el Código Penal de Costa Rica actualmente vigente encontramos varios tipos penales que pueden tener relación con las previsiones del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Y en el último proyecto de Código Penal se incluyen figuras propias del derecho internacional humanitario, otras se dejan de lado o se varía su contenido.

De cualquier modo, primeramente cabe cuestionarse si el Estatuto entra en los casos que, según lo ha resuelto la Sala Constitucional, tienen una jerarquía igual o incluso mayor que la misma Constitución Política, en tanto los instrumentos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos son los únicos que pueden tener tales efectos.<sup>29</sup>

De la respuesta positiva o negativa que se adopte depende que el Estatuto de Roma tenga o no esa jerarquía dentro del ordenamiento interno, pero en todo caso, sea cual fuere la respuesta, prevalece tanto sobre el Código Procesal Penal como sobre el Código Penal.

En principio, y sin ánimo de extendernos en este punto,<sup>30</sup> partiremos del hecho de que se trata de un instrumento de derecho penal internacional y no estrictamente de

<sup>25</sup> Ley 4.573 de 4 de marzo de 1970, que derogaba el antiguo Código Penal y de Policía de 21 de agosto de 1941.

<sup>26</sup> Al 15 de febrero de 2002, la última reforma databa del 24 de octubre de 2001, ley 8.148.

<sup>27</sup> El primer proyecto data de 1994 y el más reciente, del 2002, y se encuentra en la Asamblea Legislativa, pendiente de su discusión y aprobación, sin que a la fecha exista la voluntad política de avanzar hacia esto último.

<sup>28</sup> Mediante ley 7.594 de 10 de abril de 1996 se aprueba este nuevo Código Procesal Penal que viene a sustituir el anterior, de octubre de 1973, y que se adapta a las últimas tendencias en la materia, siempre dentro de la influencia continental europea, siguiendo el enunciado del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica.

<sup>29</sup> La Sala Constitucional le ha dado un significado amplio al concepto de *instrumentos internacionales de Derechos Humanos*. Tanto en la consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, como en el voto 2000-7484 de 25 de agosto de 2000, considera que tal concepto comprende no solamente las convenciones, tratados o acuerdos formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo, sino cualquier otro instrumento que tenga naturaleza propia de la protección de los derechos humanos, aunque no haya sufrido ese trámite. Se cita como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos o las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

<sup>30</sup> Hacerlo de otra forma llevaría mucho tiempo y desviaría considerablemente del objeto de este reporte.

un instrumento de derechos humanos, aunque pueda considerarse que en el fondo se trata de algo útil para su tutela. Ahondaremos en esto último más adelante.<sup>31</sup> Por ende, tomaremos como base el hecho de que incuestionablemente tiene un carácter superior a la ley ordinaria (Código Penal y Procesal Penal en este caso) e inferior a la Constitución Política, dentro del ordenamiento costarricense, a tenor de lo que prevé el artículo 7 constitucional.<sup>32</sup>

Con base en esta última norma es posible sostener, además, que el Estatuto de Roma tiene directa aplicación dentro del ordenamiento nacional costarricense. A diferencia de lo que sucede en algunos casos en la práctica en España o en Alemania, no se requiere de una legislación que lo desarrolle en el ámbito interno. Cumplidos los requisitos de opinión preceptiva previa de constitucionalidad, aprobación mediante ley emitida por el órgano legislativo, ratificación por el Ejecutivo, una vez que el tratado ha entrado en vigencia (con los requisitos que su texto imponga), es directamente aplicable dentro del ordenamiento nacional y por sobre la ley ordinaria.<sup>33</sup>

Ahora bien, esto no significa que no deba realizarse una interpretación o analizarse si en algún momento las previsiones del instrumento internacional son contrarias a la legislación ordinaria; de ser así, se cuenta con dos posibilidades para resolver la antinomia:

1. Una vez sometido un caso concreto, el juez deberá aplicar directamente la norma jerárquicamente prevalente. Esto significa que, de existir un choque entre alguna disposición del Estatuto de Roma y el Código Penal o Procesal Penal, predomina el primero. Todo ello con base en la jurisprudencia sentada por la propia Sala Constitucional, que es de acatamiento obligatorio con efectos *erga omnes*.<sup>34</sup>
2. Accionar directamente contra la norma de la legislación ordinaria que contraviene el Estatuto de Roma, en sede constitucional, para que el Tribunal Constitucional directamente sea el que declare su inconstitucionalidad,<sup>35</sup> o

---

<sup>31</sup> Sostiene que, parcialmente (?), puede considerarse al Estatuto de Roma como un Tratado de Derechos Humanos: Ana Salado Osuna, 2000, 267-299.

<sup>32</sup> Y que ya se transcribió en cita 18.

<sup>33</sup> La Sala Constitucional costarricense se ha pronunciado al respecto, y de manera contundente y clara sostiene la directa aplicabilidad de los instrumentos internacionales dentro del orden interno, de acuerdo con la interpretación que hace del ya citado y transcrito artículo 7 constitucional, concretamente en los votos 135-89; 282-90; 764-90; 807-90; 3724-93; 829-94.

<sup>34</sup> La Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en su artículo 13: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma".

<sup>35</sup> Si bien es cierto que no se produce un choque directo entre una norma constitucional y otra de rango inferior, se puede alegar la violación del mismo artículo 7 constitucional por la legislación ordinaria aún vigente a pesar de existir una norma de superior jerarquía que se contraponen. Optar por esta vía tiene la ventaja de que la declaratoria que hace la Sala Constitucional es vinculante para todos los tribunales del país.

por medio de la consulta de constitucionalidad que plantea un juez cuando tiene dudas acerca de la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un caso concreto. Esto se encuentra previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en su párrafo I dispone: “Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”; o a través de una acción de inconstitucionalidad donde el afectado cuestione la norma directamente en un caso en que se discuta su aplicación. Al respecto la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo 73 dispone: “Cabrá la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional [...]. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional”; o indirectamente cualquier ciudadano a través del Defensor de los Habitantes (artículo 75, párrafo III de dicha ley).

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

Hemos de tener muy en cuenta, como veíamos anteriormente, tanto los principios constitucionales que conforman el sistema penal costarricense, como los referidos a la jerarquía y aplicación de los instrumentos de derecho internacional en el orden interno, específicamente el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional Permanente, para poder realizar el análisis positivo comparativo de sus previsiones con las de la legislación penal ordinaria.

### **I. Genocidio**

Siguiendo el orden propuesto por el propio Estatuto, el tipo del genocidio previsto en su artículo 6 tiene como correlato en el Código Penal de Costa Rica el artículo 375, que dispone:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política.

Con idéntica pena será sancionado quien:

- 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 4) Trasladare, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos.

En primer término, la pena prevista oscila entre diez y veinticinco años de prisión. La conducta que se sanciona no está muy clara, al menos en la forma en que se enuncia al inicio del artículo, ello por cuanto primeramente se dice que quien es acreedor de la sanción es aquella persona que “tome parte con propósito homicida [participar con intención homicida parecería ser la correcta interpretación], en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, creencia religiosa o política”.

Esta primera parte del artículo que contiene el delito de genocidio se aparta un poco de lo dispuesto en el Convenio para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio<sup>36</sup> y del propio Estatuto de Roma. Además, con la reforma reciente al Código Penal, que introduce el tipo de “Crímenes de lesa humanidad”, podría estar subsumida la conducta a partir de la remisión a tales normas convencionales que hace el numeral 379 del Código Penal costarricense.<sup>37</sup> La confusión es más evidente cuando se dirige la atención al elemento subjetivo del tipo. El Código Penal costarricense, al menos en este primer enunciado de la norma que describe el tipo subjetivo del genocidio, requiere una especie de *animus necandi* a la hora de participar en la destrucción parcial o total de un grupo de personas, en razón de su nacionalidad, raza, creencia religiosa o política. En contraposición, tanto en el Estatuto de Roma como en el Convenio de 1948, la intención que impregna los demás supuestos es la de la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Una interpretación sistémica que abarque lo dispuesto en ambos instrumentos internacionales (jerárquicamente superiores al Código Penal) y que permita desentrañar un poco la disposición nacional debería entender que en realidad la primera parte del artículo 375 del Código Penal costarricense se refiere a la hipótesis del inciso *a* del artículo 6 del Estatuto de Roma y de igual inciso del artículo II del Convenio citado, o sea, de una “matanza de miembros del grupo”.

La previsión nacional abarcaría, además, aquellas conductas que tiendan a la destrucción parcial o total de un grupo, inspirada en motivos políticos, supuesto que no prevé ninguno de dichos instrumentos internacionales. Carece, sin embargo, la normativa penal interna ya aludida, de una referencia a los grupos étnicos, que parecería no están comprendidos específicamente dentro de los supuestos que tutela el Código Penal de Costa Rica, aunque, como veremos, podría caber por remisión.

El resto del tipo penal que contiene la descripción del delito de genocidio en el Código Penal costarricense sanciona con idéntica pena (diez a veinticinco años de prisión), en los casos de los incisos 1 a 4 del artículo 375, aquellas conductas que en su formulación objetiva coinciden en términos generales con las enunciadas en los incisos *b*, *c*, *d* y *e* del artículo 6 del Estatuto de Roma y en el artículo II de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio. Aun así la normativa

---

<sup>36</sup> Aprobado por ley 1.205 del 4 de octubre de 1950 por la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

<sup>37</sup> Más adelante se analizará en detalle esta norma.

penal nacional las considera como conductas independientes, o desprovistas al menos de esa intención común de “destruir parcial o totalmente al grupo” que sí se describe claramente en los instrumentos internacionales citados. Esto así por cuanto la disposición del derecho interno costarricense relativa al delito de genocidio, antes de enunciar dichos supuestos, dispone: “Con idéntica pena será sancionado quien” cause graves daños físicos o psíquicos a dichos grupos, etcétera.

En este caso en particular, lo que diferencia una lesión grave<sup>38</sup> en perjuicio de un miembro de un grupo religioso, por ejemplo, que está contenida en la norma referida al genocidio, y la misma conducta con idéntico resultado contra igual víctima pero que constituye un delito de lesión grave, es precisamente esa intención de destrucción total o parcial del grupo a la que hacen referencia ambos instrumentos.<sup>39</sup> Visto desde otra óptica, en el supuesto contenido para el genocidio se pretende tutelar un bien jurídico distinto del que corresponde para el delito de lesiones graves.<sup>40</sup> Ello demuestra que en el ámbito interno las previsiones convencionales vienen a llenar el vacío del enunciado que utiliza el legislador nacional. En todo caso, como resulta evidente, la fórmula empleada no es la más feliz.

En el proyecto de Código Penal se eleva la pena de estos delitos de un mínimo de diez y un máximo de veinticinco años de prisión, que es la actual, a un mínimo de quince y un máximo de treinta y cinco años de prisión. Esto acompaña la tendencia de agravamiento de las penas que ha imperado últimamente en el desarrollo de la política criminal en Costa Rica. No obstante, debe indicarse que con dicho proyecto se introducen una serie de penas alternativas, de acuerdo con las tendencias más modernas en ese sentido, y se reduce el máximo de la pena de prisión que se puede imponer.

---

<sup>38</sup> Valga anotar que, cuando en dichos instrumentos se hace referencia a la lesión grave en la integridad física o mental de los miembros del grupo, en la previsión de derecho interno la conducta es causar “graves daños corporales o psíquicos” a los miembros de los grupos nacionales, raciales, religiosos o políticos (ya se vio que los étnicos no se incluyen de manera expresa en el Código Penal). La alusión a “lesiones” por un lado y “daños” por otro podría llevar a confusión, aunque en el fondo parecería que se está ante idénticos supuestos, con términos más precisos en el ámbito convencional.

<sup>39</sup> En igual sentido: R. Lemkin, 1944, p. 79; y Alicia Gil Gil, 1999, p. 194.

<sup>40</sup> Lo que es una lesión grave tiene, sin embargo, un matiz importante en el plano del derecho interno, dado que desde una interpretación positivista, y para completar el tipo objetivo del propio genocidio cuando nos hallamos en el supuesto de “graves daños físicos o psíquicos a los miembros del grupo”, haríamos referencia a los casos en que nos hallamos frente al delito autónomo de “lesiones graves”, que se encuentra previsto en el artículo 124 del Código Penal costarricense y que utiliza como parámetro de la “gravedad” el tipo de lesiones o el tiempo por el cual incapacitan desde el punto de vista médico legal (que causan una debilitación persistente en la salud, una incapacidad por más de un mes o dejan una marca indeleble en el rostro). Todo ello sin entrar en el tema de los problemas concursales, análisis que podría desviar del propósito de este informe. Si se desea ahondar en la regulación del delito de lesiones graves, puede consultarse Javier Llobet Rodríguez, 2001, pp. 232-237.

## II. *Crímenes de lesa humanidad*

En lo que se refiere a la previsión del artículo 7 del Estatuto de Roma, los *crímenes de lesa humanidad*, hemos de hacer referencia a lo dispuesto en cada uno de los incisos. El asesinato, en el contexto de un ataque generalizado y sistemático a la población civil, no es una conducta que se encontrara prevista específicamente en el ordenamiento interno de Costa Rica, ni dentro de los supuestos del homicidio ni en su versión agravada. Algo similar ocurría con el exterminio. Sin embargo, en ambos casos una reforma muy reciente del Código Penal, motivada por la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, introduce un nuevo tipo penal denominado “Crímenes de lesa humanidad”, solventando tal carencia.

Lamentablemente, en el último proyecto de Código Penal se incurre nuevamente en la omisión indicada, con la agravante de que se elimina la remisión que actualmente contiene dicha norma (artículo 379 del Código Penal vigente) a los tratados internacionales de derechos humanos y al Estatuto de Roma, y que hoy en día viene a llenar tal vacío. Es de esperar, como mínimo, que en definitiva se mantenga la actual modificación, aunque lo deseable es una solución integral.

Esta norma tiene la particularidad de hacer una remisión a los instrumentos de derechos humanos y al Estatuto de Roma para completar el tipo objetivo,<sup>41</sup> lo que se deduce cuando establece que la sanción de diez a veinticinco años de prisión se aplicará a quien realice actos, en el contexto ahí descrito, que “puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte relativos a la protección de los derechos humanos y del Estatuto de Roma”.

Tal tipo penal, que manifiesta una innegablemente buena intención del legislador y evidencia la trascendencia que se le quiere dar a la tutela de los derechos humanos, debe sortear varios problemas, resueltos los cuales se abriría un cúmulo de posibilidades en cuanto a incluir en el ordenamiento interno toda una serie de conductas que ya están previstas internacionalmente, que se receptorían por esta vía y a las que les correspondería la pena allí prevista. Se completan de esta forma las lagunas que el propio ordenamiento penal interno tiene cuando el Estado se compromete en el ámbito internacional a sancionar penalmente ciertas conductas.

---

<sup>41</sup> La doctrina acepta como posibles tales remisiones, que además no son infrecuentes en el derecho penal comparado. “Tal ampliación de las remisiones positivas del Código Penal a las normas internacionales puede considerarse uno de los frutos de la creciente importancia que en nuestro tiempo están cobrando las formas de organización y asociación internacional como sustitutivas y superadoras de los tradicionales Estados nacionales soberanos en el confuso y agitado mundo de finales del siglo XX”. F. Bueno Arús, “La teoría de la Ley Penal en el proyecto de C.P. español de 26 de setiembre de 1994”, en *Actualidad Penal* n° 16, Madrid, abril 1995, XVII; en igual sentido y citando la jurisprudencia constitucional Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 72-75.

El artículo 379 del Código Penal costarricense dispone: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y del Estatuto de Roma”.

Esta norma plantea de entrada varios problemas:

1. Observancia del principio de tipicidad.
2. Determinación de qué se comprende al sostener que el tipo objetivo abarca aquellas conductas que “puedan calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad”.

En cuanto a la primera objeción, hemos visto desde el inicio de este desarrollo que el principio de legalidad,<sup>42</sup> del cual deriva el de tipicidad, es uno de los pilares sobre los cuales descansa el marco constitucional del sistema penal costarricense.

Sin embargo, tanto si considerásemos estar en presencia de una norma penal incompleta, como si nos halláramos en el supuesto de una norma penal en blanco, no es posible obviar que lo que viene a completar el tipo objetivo no tiene el rango de un reglamento ni el de una ley extrapenal,<sup>43</sup> sino precisamente de un tratado o convenio internacional.

Esto tiene una gran importancia por cuanto, si desde una óptica teleológico-normativa el principio involucrado tiene como función asegurar, por un lado, la intervención del legislador en la definición de las conductas que conforman el sistema

<sup>42</sup> Y que el propio Código Penal reitera en su artículo 1: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”. Acerca del principio de legalidad cf. Gilbert Armijo Sancho, 1999, pp. 253 y ss.; Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-75; González Álvarez, 1994, p. 84.

<sup>43</sup> Remisión que de por sí está permitida para completar el tipo objetivo en algunos supuestos, según ya lo ha resuelto la Sala Constitucional enfrentándose al tema del *tipo penal en blanco* en el voto 1876-90. La propia Sala Constitucional, sin embargo, también ha resuelto en el voto 2757-93 que: “La doctrina del Derecho Penal más autorizado ha definido los tipos penales abiertos, como aquellos a los que la materia de la prohibición remite a la determinación judicial, omitiendo el legislador incluir en el tipo penal la materia de la prohibición. Es comúnmente aceptado que los tipos abiertos, en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad”. Aun así el tipo del 379 sí tiene definida la materia de la prohibición, por lo que puede considerarse una interpretación posibilista y acorde con tal exigencia constitucional. La Sala Constitucional, en el voto 4797-M-97 (21 de agosto de 1997), considera que se vulnera el principio de tipicidad cuando el tipo objetivo es conceptualmente impreciso y el sinnúmero de variables que se pueden introducir genéricamente le restan claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. No ha de quedar en manos del juez un margen indiscriminado de interpretación, sino que debe quedar razonablemente limitado su significado. La discusión respecto a la interpretación del alcance de dicho artículo no se ha producido, ni en la doctrina costarricense, ni en el ámbito judicial; sin embargo, es algo que debe propiciarse, dada su importancia.

penal y, por otro, la seguridad jurídica que esto brinda a quien va dirigida la norma penal, en ninguno de los dos casos la remisión que hace el artículo 379 del Código Penal de Costa Rica vulneraría el principio de legalidad.

El proceso de incorporación de dichas normas internacionales al derecho interno brinda incluso mayores garantías que aquel proceso de producción de la norma penal ordinaria. Los tratados pasan por el Poder Ejecutivo en la etapa de negociación, firma y ratificación, por el tamiz del Poder Legislativo a la hora de la aprobación, y están sujetos al control de constitucionalidad de manera preceptiva a través de la consulta ante la Sala Constitucional, que es previa a la aprobación del legislador.<sup>44</sup>

En otras palabras, la potestad de emitir las normas penales siempre queda sujeta a la discreción del legislador, que puede decidir, en caso de no estimarlo conveniente, improbar un tratado que incluya nuevos tipos penales que no quiera incorporar al sistema.

Con relación a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y nuevamente al de legalidad penal, y con ello también haciendo alusión al problema de lo que “puede calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad”, según los términos empleados por el legislador, una interpretación que según nuestro criterio sí vulneraría el principio de tipicidad sería aquella que, precisamente, considerara que cualquier disposición contenida en los tratados de derechos humanos suscritos por Costa Rica cae dentro de dicho supuesto. El legislador parece limitarlo cuando enuncia, al inicio de la norma aludida, que la calificación de “Crímenes de lesa humanidad” queda sujeta a “las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y al Estatuto de Roma”.

Surge la duda de si la calificación requerida en el tipo penal debe estar específicamente definida en el tratado o si, por el contrario, está sujeta a lo que ya determinó el Estatuto de Roma. Esto tiene relevancia dado que, por ejemplo, hay quien sostiene que el genocidio es un crimen de lesa humanidad, por lo que por esta vía podríamos receptor las disposiciones referidas a tal ilícito internacional contenidas tanto en el Estatuto de Roma como en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Dispone el artículo 96, inciso *a* de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros”.

<sup>45</sup> Por ejemplo, Jescheck ya sostenía desde los años ochenta que el genocidio encuadra dentro de dicho concepto. De hecho lo definía como “aquellas infracciones graves a las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que se realizan respaldados por el poder estatal”. Jescheck, 1981, p. 385. También se ha dicho ya en fecha más reciente: “[...] así el delito de genocidio presenta una particularidad esencial respecto al crimen contra la humanidad, del cual ha sido considerado como la especie y el género respectivamente”. Casilda Rueda Fernández, 2001, pp. 149.

Parece que en definitiva el legislador nacional deja al creador de las normas convencionales que contienen esta clase de delitos la definición de la conducta a incluir, por cuanto permite la remisión condicionada a los supuestos previstos en el artículo 379 del Código Penal que hemos venido aludiendo. Esto obviamente tendrá trascendencia respecto a la interpretación que se haga con relación a las normas convencionales ya incorporadas al sistema penal, así como a aquellas que lleguen a incorporarse en un futuro. Vital será entonces la interpretación que realice la jurisprudencia (tanto constitucional <sup>46</sup> como de los tribunales ordinarios) para definir el alcance de dicha norma.

Así las cosas y en esa medida, es posible considerar como viable la remisión al Estatuto de Roma por esta vía, concretamente para los supuestos ya citados del artículo 7 —inciso *a* (asesinato) o inciso *b* (exterminio)—, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, y también a otras figuras no previstas expresamente en el ordenamiento interno costarricense, a saber, y siempre dentro del contexto del enunciado inicial de dicha norma, los supuestos contenidos en los incisos *d* (deportación o traslado forzoso de población), *h* (persecución de un grupo o colectividad con identidad propia), *i* (desaparición forzada de personas), conductas todas claramente descritas en la norma convencional citada. De hecho, de no existir la posibilidad de remisión, todos esos supuestos carecerían de protección penal en el ámbito interno, en la forma prevista por el Estatuto de Roma.

Lo mismo ocurre en los enunciados de los incisos *c* (esclavitud), *e* (encarcelación o cualquier otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional), *f* (tortura), *g* (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable), para los cuales es posible hallar un correlato en el ordenamiento interno costarricense.

La esclavitud, fuera del contexto de la norma convencional y del artículo 379 del Código Penal costarricense, se encuentra reprimida de forma indirecta en el propio artículo 374 del mismo cuerpo normativo ya citado. Tal norma dispone:

Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirijan organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas y estupefacientes, o formen parte de ellas, cometan actos de secuestro extorsivo o terrorismo e infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos.

---

<sup>46</sup> La Sala Constitucional costarricense parece sugerir una línea en ese sentido, en el voto 230-96 y en la consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, que retoma al primero y sostiene: “[...] debe tomarse en cuenta que para el caso concreto se está legislando sobre un delito considerado de ‘lesa humanidad’, es decir, que no solamente afecta intereses individuales sino los intereses de la humanidad entera, como especie [...] Y, por eso mismo, la persecución de este tipo de delitos trasciende el interés de un Estado o país en particular, de manera que todas esas circunstancias ameritan que reciba ese tratamiento especial [...]”.

A pesar de lo anterior podrían encontrarse otras disposiciones que comprendan el enunciado convencional, aunque sea en parte. Se trata del artículo 189 del Código Penal nacional, que describe el delito de plagio. Tal norma dispone: “Será reprimido con prisión de cuatro a doce años, quien reduzca a una persona a servidumbre o a otra condición análoga o la mantuviere en ella”. De forma indirecta podría caber la conducta como un delito contra la libertad ambulatoria (privación de libertad sin ánimo de lucro,<sup>47</sup> privación de libertad agravada<sup>48</sup>) o como delito contra la libertad de determinación (coacción<sup>49</sup>).

En todo caso no existe, con el contexto convencional, una figura autónoma de esclavitud, sino que debe incorporarse a través de la remisión que hace el artículo 379 al Estatuto de Roma y a los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos.

El supuesto del inciso *e* del artículo 7 del Estatuto de Roma se encuentra ya previsto en los numerales 191 y 192 del Código Penal costarricense, con la exclusión del contexto que impregna dicha conducta en la norma convencional. La primera norma nacional citada dispone: “Será penado con prisión de seis meses a tres años el que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal”. Y el artículo 192 del mismo cuerpo normativo preceptúa: “La pena será de dos a diez años de prisión, cuando se privare a otro de su libertad personal, si se perpetrare: 1) Contra la persona de un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o de un funcionario público; 2) Con actos de violencia, o para satisfacer venganzas, o resultare grave daño en la salud del ofendido; 3) Durare más de cinco días; 4) Con abuso de autoridad”.

Y de forma aún más clara, la figura de ocultamiento de detenido por autoridades, prevista en el artículo 190 de dicho código: “En la misma pena [la aplicable a la figura precedente del plagio, que oscila entre cuatro y doce años de prisión] y además en la pérdida empleo, cargo, comisión que tuviere o incapacidad para obtenerlo de seis meses a dos años, incurrirán las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento de un detenido, se negaren a presentarlo al Tribunal respectivo o de cualquier forma burlaren la garantía del artículo 37 de la Constitución Política”.<sup>50</sup>

Es cierto que la descripción típica del derecho interno no solo es más clara, sino que contiene una figura agravada; sin embargo, no incluye en todo caso el contexto previsto por el Estatuto y por el Código Penal Internacional alemán, o sea, que se

---

<sup>47</sup> Figura prevista en el artículo 191 del Código Penal.

<sup>48</sup> Que se sanciona en el artículo 192 del cuerpo normativo precedente.

<sup>49</sup> Previsto el artículo 193 del Código Penal costarricense: “Será reprimido con prisión de uno a dos años o cincuenta a doscientos días multa, el que mediante amenazas graves o violencias físicas o morales, compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado”.

<sup>50</sup> Norma constitucional que dispone: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente *in fraganti*; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término preteritorio de veinticuatro horas”.

produzca dentro de un ataque generalizado o sistemático a la población civil. No existe previsión concreta en este sentido, ni como tipo penal autónomo ni como circunstancia de agravación, salvo por la remisión que realiza el artículo 379 ya citado al propio Estatuto de Roma o al Convenio sobre la esclavitud, el Protocolo de Enmienda y/o su Convención Complementaria.

En cuanto al tipo penal de *tortura*, se encuentra previsto en el artículo 123 *bis* del Código Penal,<sup>51</sup> con una formulación casi idéntica a la contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, que en términos generales coincide con la previsión del artículo 2 de la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura de 1985.<sup>52</sup> El tipo penal de la tortura en el Código Penal de Costa Rica actualmente se enuncia así: “Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil. Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones”.

Esta formulación, sin embargo, varía en el actual proyecto de Código Penal, de forma que se amplían casi al infinito las posibilidades que pueden caber en el tipo propuesto para la tortura. Alejándose de su actual redacción, el tipo penal de tortura del proyecto llega al extremo de considerar autor de dicha delincuencia a cualquier sujeto que cause un dolor o sufrimiento psíquico o físico.

La norma referida es el artículo 188: “Quien ocasione a una persona dolor, tormento, o sufrimiento físico o psíquico, siempre que el hecho no constituya un delito más grave, será sancionado con pena de tres a diez años de prisión. Si la conducta anterior es cometida por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión y además se le impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de seis a doce años”.

De un vistazo se presentan varios problemas con esta formulación: ¿qué es causar dolor psíquico?, ¿y tormento psíquico?, ¿y sufrimiento psíquico? ¿Incluye cualquier dolor? Se obvia la excepción hecha en las dos convenciones citadas: cuando ese sufrimiento, tormento o dolor es la resultante de la ejecución de una pena o incluso una medida preventiva dentro del proceso penal. También se presentarían graves problemas concursales con otras figuras; por ejemplo, frente a la muerte de un familiar,

---

<sup>51</sup> Es una de las reformas más recientes introducidas al Código Penal costarricense, que extrañamente no preveía la tortura como tipo penal autónomo. La reforma se hizo mediante ley 8.189 de 6 de diciembre de 2001.

<sup>52</sup> Ratificada por Costa Rica el 25 de noviembre de 1999.

por ejemplo, ¿al autor se lo sancionaría por los dos delitos en concurso ideal? En suma, lejos de ser una previsión protectora, es excesivamente amplia y causa más problemas de los que pretende solucionar. En todo caso, como nota positiva, va más allá —mucho más allá, diríamos— de las previsiones internacionales referidas a la tortura. En tal proyecto se elimina el objeto o la finalidad de la tortura que sí se enuncia a nivel convencional, con lo que la propuesta nacional torna la conducta punible en algo completamente impreciso.

Al igual que con la esclavitud y el resto de delincuencias previstas por el artículo 7 del Estatuto de Roma, su aplicación conforme al contexto requerido por la norma convencional se hace vía remisión, en el supuesto del ya citado artículo 379 del ordenamiento penal sustantivo nacional.

En tercer término, respecto de los supuestos de *violencia sexual* descritos en el inciso g del artículo 7 del Estatuto de Roma, hemos de indicar lo siguiente. La violación se encuentra prevista en los artículos 156 a 158 del Código Penal;<sup>53</sup> la esclavitud sexual y la prostitución forzada, previstas en el Estatuto de Roma, pueden encontrar su correlato en el artículo 169 del Código Penal costarricense;<sup>54</sup> el embarazo forzado, dependiendo del supuesto, podría encajar en el tipo penal de violación, ya sea simple (artículo 156) o agravada (artículo 158), aunque no existe como tipo independiente. En lo que se refiere a la esterilización forzada, nos hallamos en el supuesto del numeral 123 del Código Penal.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> “Artículo 156. Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

”1) Cuando la víctima sea menor de doce años.

”2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.

”3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos.

”Violación calificada

”Artículo 157. La prisión será de doce a dieciocho años cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad o se produzca la muerte de la víctima.

”Violación Agravada

”Artículo 158. La pena será de doce a dieciocho años de prisión cuando con motivo de la violación resulte un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito sea realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquella o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaran los ministros religiosos, profesionales o cualquier miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo”.

<sup>54</sup> “Artículo 169. Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona”.

<sup>55</sup> Norma que dispone: “Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”.

Debe quedar claro, no obstante, que en ninguno de dichos supuestos contenidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma y para los cuales bien que mal existe una figura en el derecho interno, existe una previsión relativa al contexto en que se han de producir las conductas que dicha norma convencional sanciona —“cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”—, ni siquiera con la fórmula usada en el artículo 18 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, que dispone: “cualquiera de los siguientes actos, cuando se cometen de forma sistemática, a gran escala ya sea instigado o dirigido por un gobierno, por una organización o grupo: a) asesinato; b) exterminio; c) tortura”.

A diferencia de tales propuestas, en el derecho interno estamos haciendo referencia a tipos penales independientes, aunque sin olvidar que todas esas conductas finalmente se receptan, según lo ya comentado, a través del artículo 379 del Código Penal de Costa Rica. Salvo esa norma general no se encuentra en el orden nacional ninguna de dichas conductas sancionadas de manera expresa, o considerando como circunstancia agravante que el contexto en el cual se produzcan sea el que describe el encabezado del artículo 7 del Estatuto de Roma, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 o el propio artículo 379 del Código Penal nacional, que es el que en realidad viene a introducirlo en el ámbito interno.

En el último proyecto de Código Penal costarricense,<sup>56</sup> el artículo 223 dispone: “Cuando, en perjuicio de personas protegidas y con ocasión de un conflicto armado interno o internacional, se realicen los delitos de homicidio, tortura, discriminación, violación, proxenetismo, secuestro de personas, u ocultamiento de detenidos por autoridades, los extremos de las penas previstas en esos delitos se aumentarán hasta en un tercio”. Se crea en el libro segundo el título VI, “Delitos contra la humanidad”, con figuras propias del derecho internacional humanitario, y se abandona la actual denominación del título XVII del libro segundo, “Delitos contra los derechos humanos”.

Constantemente y de forma inequívoca se confunden en el actual proyecto de Código Penal ambos términos y se incluyen conductas como “obstrucción de auxilio humanitario”, “simulación de signos de protección”, “omisión de socorro en conflicto armado”, “medios prohibidos de guerra”, “ataque a bienes protegidos”, “ataque a bienes e instalaciones sanitarias”, propias todas del derecho humanitario, pero que se alejan de otras delincuencias no menos importantes contenidas en el derecho penal internacional.

Con una visión más reducida de la del Estatuto de Roma, se incluye este artículo 223 en el proyecto de Código Penal de Costa Rica. Una circunstancia de agravación, en caso de que dentro de un conflicto armado se produzca un homicidio, tortura, violación, proxenetismo, secuestro de personas u ocultamiento de detenidos por autoridades.

---

<sup>56</sup> Que todavía durante el año 2003 se está analizando en la comunidad jurídica nacional y está en estudio en el Parlamento.

### III. Crímenes de guerra

Algo parecido a lo analizado respecto de los crímenes contra la humanidad sucede con el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente con relación a los crímenes de guerra, que también habría que articular con los Convenios de Ginebra de 1949, dentro del actual y proyectado estado de cosas en el sistema penal costarricense.

El contexto en que se llevan a cabo las conductas que se describen en los párrafos 1 y 2 de dicha norma del Estatuto no se encuentra previsto tampoco en el ordenamiento penal interno costarricense dentro de alguna figura autónoma; en todo caso esto se solventa a través de la remisión que permite el artículo 378 del Código Penal vigente, recién introducido al ordenamiento y que permite completar el tipo objetivo tanto a través del propio Estatuto como de los Convenios de Ginebra de 1949. Tal norma dispone:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordenare realizar actos que puedan calificarse como violaciones graves o crímenes de guerra, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de los heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento de Derecho Internacional Humanitario.

Todo ello a pesar de que, obviamente, como figuras autónomas, pueda hallarse dentro del ordenamiento nacional un correlato a los supuestos del artículo 8 del Estatuto de Roma en situaciones tan variadas como lo son las conductas que sancionan el derecho internacional humanitario.

En el orden interno podemos referirnos, con relación a las distintas conductas sancionadas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, a figuras igualmente diversas: homicidio (artículo 111, 12 a 18 años de prisión) u homicidio calificado (artículo 112, prisión de 20 a 35 años), tortura (artículo 123 *bis*, 3 a 10 años de prisión), violación (artículo 156, 10 a 16 años), violación agravada (artículo 158, 12 a 18 años), lesiones graves (artículo 124, prisión de 1 a 6 años), plagio (artículo 189, prisión de 4 a 12 años), ocultamiento de detenidos por autoridades (artículo 190, misma pena anterior con pérdida del empleo e inhabilitación de 6 meses a 2 años), privación de libertad sin ánimo de lucro (artículo 191, prisión de 6 meses a 3 años), privación de libertad agravada (artículo 192, de 2 a 10 años), coacción (artículo 193, prisión de 1 a 2 años o de 50 a 200 días multa), violación de domicilio agravada (artículo 204, párrafo II, 1 a 3 años de prisión), allanamiento ilegal (artículo 205, sancionado con prisión de 6 meses a 3 años e inhabilitación para el cargo de 1 a 4 años), abuso de autoridad (artículo 331, sancionado con prisión de 3 meses a 2 años), hurto (artículo 209, sancionado con prisión de 3 meses a 3 años), hurto agravado (artículo 210, 3 meses a 3 años o de 1 a 10 años de prisión), robo simple (artículo 212, con penas que oscilan, de acuerdo con ciertos supuestos, entre 6 meses y 9 años de prisión), robo agravado (artículo 213, con prisión de 5 a 15 años), secuestro extorsivo (artículo

215, con penas que oscilan entre 10 a 50 años de prisión), usurpación (artículo 225, sancionado con prisión de 6 meses a 3 años), daños (artículo 228, con prisión de 15 días a 1 año o con 10 a 100 días multa), daño agravado (artículo 229, penado con 6 meses a 3 años de prisión).

Son todas figuras descritas en el Código Penal costarricense y que pueden asimilarse a algunas de las que describe el Estatuto de Roma en artículo 8, pero que están desprovistas del contexto que puntualiza el párrafo I, o sea que dichas conductas se cometan “como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”.

El recientemente introducido artículo 378 del Código Penal costarricense tampoco contiene dicho contexto a la hora de describir la conducta típica. Esto provoca una antinomia, por cuanto, si bien se hace una remisión al Estatuto, este es más amplio que la norma nacional a la hora de definir los supuestos en los que se califica como crímenes de guerra. Se trata de un problema aún no resuelto, tomando en cuenta la prevalencia que en el orden interno tiene la norma convencional sobre el propio Código Penal.

Una interpretación posible sería integrar el artículo 8 dentro de los casos del artículo 378 del Código Penal para definir la pena y completar el tipo objetivo, como se permite en el orden constitucional, conforme a lo que ya analizábamos en otro aparte y, además, como expresamente lo hace el legislador nacional, y aplicar la pena prevista en tal norma de derecho interno a todos los casos del artículo 8 del Estatuto. Caso contrario, quedan al descubierto todos aquellos supuestos en los cuales se produzcan los crímenes de guerra que menciona tal norma convencional, que no estén dentro del contexto de un conflicto armado, pero si se cometen “como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”, a tenor de lo que prevé el párrafo I del artículo 8 del Estatuto.

Al igual que se hizo con los crímenes de lesa humanidad, el legislador opta en este artículo 378 del Código Penal de Costa Rica por hacer remisión a “los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de los heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados y según cualesquier otro instrumento del Derecho Internacional Humanitario”.

La transcrita norma diferencia entre una remisión a tratados internacionales que contengan disposiciones referidas a las situaciones que allí menciona específicamente, y cualquier otro instrumento de derecho internacional humanitario, lo que en principio parece ser reiterativo. Sin embargo, por esa vía es perfectamente posible, no solamente remitirse a las Convenciones de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales (eso está claramente establecido en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal costarricense que introduce tal tipo penal),<sup>57</sup> sino también al artículo 8 del Estatuto de Roma.

---

<sup>57</sup> En la exposición de motivos del proyecto de ley que introduce el delito de crímenes de guerra en el ordenamiento nacional (diario oficial *La Gaceta* n° 129, de 5 de julio de 2001, en <www.imprenal.go.cr>)

Por su parte, la previsión del proyecto de Código Penal (artículo 223, citado en la sección anterior) es mucho más restrictiva que la del artículo 8 del Estatuto de Roma, tanto respecto del contexto en que han de producirse las conductas delictuales, como respecto de la variedad de conductas incluidas en la norma internacional.

El primer inconveniente obedece a que el contexto en el que se han de producir las delincuencias es el de un conflicto armado, interno o internacional, conceptos claramente más restrictivos que los previstos por el Estatuto de Roma en la norma citada y que mantienen el problema ya referido de la actual regulación.

El segundo inconveniente de la norma que se prevé en el proyecto de Código Penal de Costa Rica es que considera crímenes de guerra la obstrucción de auxilio humanitario (artículo 217, sancionado con 2 a 5 años de prisión), simulación de signos de protección (artículo 218, 2 a 6 años de prisión), omisión de socorro en conflicto armado (artículo 219, con la misma pena anterior), medios prohibidos de guerra (artículo 220, con igual pena), ataque a bienes protegidos (artículo 221, con 2 a 8 años de prisión), ataque a bienes e instalaciones sanitarias (artículo 222, con la misma pena anterior), conductas todas que, si las comparamos con las previstas en el Estatuto de Roma, resultan claramente insuficientes.

Esa carencia actualmente se subsana, aunque sea de manera parcial, con la remisión que realiza el citado artículo 378 del Código Penal vigente; sin embargo, en el proyecto de Código Penal no se mantiene tal remisión y, como se ve, los supuestos que ahí se describen son deficitariamente diversos con relación a los del artículo 8 del Estatuto. Especialmente por cuanto se obvia el contexto en el cual se considera estar en presencia de crímenes de guerra, según el Estatuto, y se asume una posición injustificadamente más restrictiva.

#### ***IV. Agresión***

En lo que corresponde al delito de agresión, existe una vertiente propia del derecho penal interno, para lo cual haríamos alusión al tipo penal de agresión (con armas o calificada).<sup>58</sup> Sin embargo, dentro del contexto que aquí interesa, hemos de centrar nuestra atención en aquellas figuras que tienen trascendencia en el ámbito internacio-

---

se hace referencia específica tanto a las Convenciones de Ginebra y a sus protocolos adicionales, como al Estatuto de Roma.

<sup>58</sup> El artículo 140 del Código Penal prevé el delito de agresión con armas: “Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en el estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del juez”. Y el artículo siguiente sanciona la agresión calificada: “Si la agresión consistiere en disparar un arma de fuego contra una persona sin manifiesta intención homicida, la pena será de seis meses a un año de prisión. Esta pena se aplicará aun en el caso de que se causare una lesión leve. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena respectiva se aumentará o disminuirá a juicio del Juez”.

nal y que constituyen el delito de agresión como se concibe dentro del derecho internacional penal.<sup>59</sup>

La correspondencia en el derecho penal costarricense lleva a varios tipos penales. Principalmente, el tipo del derecho penal sustantivo nacional que encuentra su correlato con la previsión internacional es el de *actos hostiles*. Se halla previsto en el artículo 282 del Código Penal de la siguiente forma: “Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, por actos materiales de hostilidad no aprobados por el gobierno nacional, provoque inminente peligro de una declaración de guerra contra la nación, exponga a sus habitantes a experimentar vejaciones por represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno costarricense con un gobierno extranjero”.

Esta figura es armónica no solo con la tradición en cuanto al manejo de las relaciones exteriores de Costa Rica, que, además, en 1983 declaró su neutralidad activa y no armada,<sup>60</sup> sino que es consecuente con la previsión constitucional contenida en el artículo 12 de la Carta Magna, que dispone: “Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil: no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva”.

La carencia de un ejército permanente desde hace más de medio siglo, la declaratoria de neutralidad y la previsión en el orden penal, como delito, de los actos hostiles, conforman un cuadro armónico y consecuente de lo que el legislador, el gobernante y el constituyente quieren que sea el norte de la conducta del país ante la comunidad internacional. De ahí que pueda afirmarse que la figura de la agresión, tal como se la conoce en el ámbito internacional, encuentra su par más próximo en el derecho interno con el nombre de *actos hostiles*, y puede ser complementada con la figura de *violación de tregua* prevista en el artículo 283 del Código Penal vigente, que sanciona al que viole una tregua o armisticio acordado entre la Nación y un país enemigo o entre sus fuerzas beligerantes, con pena de uno a seis años de prisión. Ambas figuras se refunden en una sola, pero se mantienen en el último proyecto de Código Penal, en su artículo 351, con idéntica formulación.

Debe hacerse notar, no obstante, que el bien jurídico tutelado en el ámbito interno es la paz y seguridad de la Nación, no necesariamente el desarrollo armónico de las relaciones internacionales, como es de esperar en la figura de la agresión dentro del derecho

---

<sup>59</sup> A mayor abundamiento véase, entre muchos otros: Nina Jorgensen: “The responsibility of States for International Crimes”, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>60</sup> Esta declaración fue motivada principalmente para enfrentar las fuertes presiones del entonces gobierno Reagan de los Estados Unidos para involucrar al país en los actos hostiles de contrainsurgencia que llevaba a cabo dicha potencia contra el gobierno sandinista de Nicaragua.

penal internacional. Igualmente, el tipo penal denominado *actos hostiles* sanciona actos materiales de hostilidad *no aprobados por el gobierno; sensu contrario*, si son aprobados por el gobierno serían actos de agresión internacionalmente considerados ilícitos, pero atípicos dentro del ordenamiento penal nacional. Por ello es posible afirmar que no hay una identidad plena entre ambas figuras y se produce una laguna de punición.

### C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

Respecto del ámbito territorial y personal del poder punitivo nacional, referido a la persecución de crímenes internacionales, hemos de hacer alusión igualmente, a las previsiones del Código Penal costarricense.

#### I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

Concretamente, el principio de territorialidad tiene su manifestación positiva de la relación existente entre los artículos 6 de la Constitución Política y el artículo 4 del Código Penal. La primera norma, de rango jerárquicamente prevalente, dispone:

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de bajamar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios de Derecho Internacional. Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios.

Por su parte el artículo 4 del Código Penal, siguiendo la misma línea y definiendo el ámbito territorial de la aplicación de la ley penal costarricense, preceptúa:

La ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica. Para los efectos de esta disposición se entenderá por territorio de la República, además del natural o geográfico, el mar territorial, el espacio aéreo que los cubre y la plataforma continental. Se considerará también territorio nacional las naves y aeronaves costarricenses.

Que se complementa con lo dispuesto en el numeral 6, inciso 1, del mismo cuerpo normativo cuando dispone:

Podrá incoarse proceso por hechos punibles cometidos en el extranjero y en ese caso aplicarse la ley costarricense, cuando: 1) Produzcan o puedan producir sus resultados en todo o en parte, en el territorio nacional [...].

Con base en lo anterior puede afirmarse que, al igual que la mayoría de los sistemas penales, la territorialidad de la ley penal costarricense es la regla general; sin embargo, admite algunas excepciones.

Una de ellas se halla en la regulación del principio de personalidad activa. Está previsto en el mismo cuerpo normativo, solo que en el artículo 6 inciso 2, aunque no

de manera estricta, toda vez que dicha norma dispone que la ley penal nacional es aplicable, si el hecho ha ocurrido fuera del territorio nacional, cuando haya sido cometido por personas al servicio de Costa Rica y no hubieren sido juzgadas en el lugar de comisión del hecho, en virtud de inmunidad diplomática o funcional. No se distinga nacionalidad del sujeto activo, pero en caso de que este sea costarricense, podríamos considerar que nos hallamos en presencia del supuesto que corresponda a dicho principio.<sup>61</sup>

Otra de las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal nacional se refiere al principio de personalidad pasiva. Se encuentra regulado en el ordenamiento costarricense, en el mismo Código Penal, en el ya citado artículo 6, inciso 3, que dispone: “Podrá incoarse proceso por hechos punibles cometidos en el extranjero y en ese caso aplicarse la ley costarricense, cuando: [...] 3) Se perpetraren contra algún costarricense o sus derechos [...]”.

No sucede lo mismo con el principio de justicia penal supletoria (que en Alemania prevé el § 7 II del StGB), toda vez que no existe actualmente una disposición similar en el ordenamiento interno de Costa Rica.<sup>62</sup>

La posibilidad de juzgar un hecho cometido en el exterior, por extranjeros en perjuicio de extranjeros y fuera de los supuestos de los principios real o de protección y del de justicia universal, no encuentra una norma específica que lo prevea. Es decir, el principio de justicia penal supletoria o por representación no está hoy en día previsto en el derecho penal nacional costarricense.

El actual estado de cosas podría variar si se aprobara el proyecto de Código Penal, que lo preceptúa de manera amplia e irrestricta en el artículo 7 inciso 5, sin que se conozcan las razones de política criminal que justifiquen su introducción. La norma propuesta dispone, en lo que interesa: “Puede incoarse proceso por conductas punibles cometidas en el extranjero y, en este caso se aplica la ley costarricense, cuando: [...] 5) Fuere denegada la solicitud de extradición”.

Si el actual sistema penal se muestra claramente insuficiente para atender la actual demanda, no comprendemos cuáles son las razones de política criminal que justifican la introducción del principio de justicia penal supletoria de una forma irrestricta y frente a cualquier solicitud de extradición denegada, sin importar el delito que se persiga.

El principio de justicia universal, por su parte, se enuncia en el artículo 7 del Código Penal. Está previsto en tal norma que, independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del

---

<sup>61</sup> Cf. Mora Mora y Navarro Solano, 1995, p. 95. En esa ocasión, haciendo eco de la sentencia 53-89 de la Sala Constitucional y la 717-90 del mismo órgano, sostenían tales autores con relación al ya derogado Código de Procedimientos Penales, que este no preveía la posibilidad del principio de nacionalidad activa.

<sup>62</sup> Con el mismo argumento Mora Mora y Navarro Solano rechazan igualmente la existencia del principio de justicia por representación en el ordenamiento penal costarricense.

autor, sancionará conforme a la ley costarricense a quienes cometan “actos de piratería, genocidio, falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o publicaciones obscenas y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica, o en dicho Código”.

A la remisión que realiza el legislador costarricense en los artículos 378 y 379 del Código Penal <sup>63</sup> se le suma no solo una serie de figuras delictivas que expresamente se citan en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, sino que además se deja abierta la posibilidad de aplicación a otras figuras contenidas en dicho Código que tengan por propósito la tutela de derechos humanos, con lo que la gama de delitos por los cuales es posible aplicar el principio de justicia universal en Costa Rica se amplía considerablemente.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España o en Finlandia,<sup>64</sup> existe una norma expresa en el mismo Código Penal <sup>65</sup> que limita la aplicación de dicho principio a la presencia del acusado en territorio nacional.

Como vemos, todos estos principios se encuentran regulados por el derecho penal material. La única especialidad referida a los delitos internacionales sería la referencia, por remisión de los artículos 378 y 379 del actual Código Penal a los tratados que tutelan los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a efectos de aplicar el principio de justicia universal; sin embargo, en lo que toca a los otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal costarricense, no hay una referencia específica a este tipo de criminalidad en la legislación nacional.

La exigencia de punibilidad en el lugar del hecho parecería diluirse en tanto la norma contenida en el artículo 7 del actual Código Penal considera que para sancionar dichas conductas (cometidas en el exterior) se estará a la previsión de la ley costarricense.

---

<sup>63</sup> Y que ya de por sí nos refiere a una serie de tratados tan variados como las Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949, las de Alta Mar de 1958 y 1982, las de Tráfico Internacional de Drogas de 1961, 1971, 1972, la de La Haya de 1970, la de Montreal de 1971, contra el Apartheid de 1973, la Convención Contra la Tortura de 1984, el Convenio Internacional contra los Mercenarios de 1989, la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas de 1998, Convención Americana de Extradición, la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, y el propio Estatuto de Roma, por citar algunas.

<sup>64</sup> El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España no requiere la presencia del acusado en su territorio a efectos de la aplicación del principio de justicia universal; lo mismo sucede con la práctica finlandesa en ese sentido, que es muy amplia.

<sup>65</sup> Que en el artículo 8 dispone: “Para que los delitos a que se contrae el artículo 5º sean perseguibles en Costa Rica, se requiere únicamente la acción del Estado. En los contemplados en los artículos 6º y 7º, es necesario que el delincuente esté en el territorio nacional. Además en los casos del artículo 6º, se precederá con la simple querrela del ofendido y en los del artículo 7º sólo podrá iniciarse la acción penal, mediante instancia de los órganos competentes”.

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

Desde el punto de vista procesal, en Costa Rica, con la puesta en vigencia del actual Código Procesal Penal, se introduce el principio de oportunidad reglado.<sup>66</sup> Sin embargo, antes de cualquier consideración en ese sentido es necesario hacer algunas precisiones.

Inicialmente el numeral 16 del Código Procesal Penal diferencia entre delitos de acción pública o privada. Esta norma preceptúa en su párrafo I: “La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos”.

Los delitos de acción pública pueden iniciarse de oficio por el Ministerio Público<sup>67</sup> o por una denuncia que se le haga llegar. También existen delitos de acción pública que requieren la instancia del afectado para iniciar el proceso: se denominan delitos de acción pública perseguibles a instancia privada. De acuerdo con el artículo 18 del Código Procesal Penal:

Son delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:

- a) Las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad y la violación; en este último caso, cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir.
- b) Las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas.
- c) Las lesiones leves y las culposas, el abandono de personas, la ocultación de impedimentos para contraer matrimonio, la simulación de matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación.
- d) El incumplimiento del deber alimentario, del deber de asistencia y el cumplimiento o abuso de la patria potestad.
- e) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Y finalmente están los delitos de acción privada.

Son delitos de acción privada:

- a) Los delitos contra el honor;
- b) La propaganda desleal;
- c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

---

<sup>66</sup> Cf. Fernando Cruz Castro, 1991, p. 32; Winfried Hassemmer, 1993, p. 10; Daniel González Álvarez, 1996, pp. 75-84; Luis Chang Pizarro, 1998.

<sup>67</sup> Clarifica el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público cuál es su función dentro del proceso penal. Tal norma dispone: “El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública. No obstante, cuando la ley lo faculte, previa autorización del superior, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o alguna de las personas que participaron en el hecho. Deberá intervenir en el procedimiento de ejecución penal, en la defensa civil de la víctima cuando corresponda y asumir las demás funciones que la ley le asigne”.

Es lo que dispone el artículo 19 del Código Procesal Penal.

Como vemos, ni el delito de tortura, ni el de genocidio, ni la figura denominada “Crímenes de Guerra” prevista en el artículo 378 del Código Penal y el ya tantas veces citado artículo 379 referido a los “Crímenes de lesa humanidad” o el de “Actos Hostiles” se encuentran dentro de alguno de dichos supuestos. Por lo tanto, es dable afirmar que se trata de un delito de acción pública, perseguible consecuentemente de oficio por el Ministerio Público en Costa Rica. De hecho, las excepciones a la persecución de oficio estarán dadas por la ley de forma concreta para cada figura o deberán encontrarse entre los supuestos de las normas transcritas.

El artículo 8 del Código Penal establece que para que los delitos que sean cometidos en el extranjero y que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, su economía, sean cometidos contra la administración pública, por funcionarios a su servicio, sean o no costarricenses (descritos en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo), puedan ser perseguibles, se requiere únicamente la acción del Estado. En otras palabras, son delitos de acción pública según la terminología procesal.

También son perseguibles como delitos de acción pública, a tenor de lo que establece el párrafo II del mismo artículo 8 de la normativa penal nacional, los delitos cometidos en el extranjero que produzcan o puedan producir sus resultados en todo o en parte en el territorio nacional, que hayan sido cometidos por personas al servicio del país y no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión del hecho en virtud de inmunidad diplomática o funcional o se trate de la aplicación del principio de personalidad pasiva (supuestos previstos en el artículo 6 del Código Penal) y en aquellos en los que es aplicable el principio de justicia universal (ya descritos cuando se hacía referencia a este tema y que contiene el artículo 7 del Código Penal). La única condición para el ejercicio de la acción pública en esta clase de delincuencia es la presencia del acusado en territorio nacional.

En cuanto al primer grupo, el párrafo *in fine* del artículo 8 del Código Penal preceptúa que se procederá a su persecución con la simple querrela del ofendido. Esto podría hacernos pensar que se trata de un delito de acción pública perseguible a instancia privada, aunque no podemos obviar que se trata de una norma anterior a la procesal (el código Penal data de 1970 y el Código Procesal Penal de 1996) y que dichos delitos no se incluyen en el artículo 18 de este último cuerpo normativo (norma ya transcrita que enuncia los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada) ni tienen la característica de esta clase de delitos como para que requieran exclusivamente la instancia del ofendido, por lo que es posible afirmar que el Ministerio Público en estos casos puede actuar de oficio.

A esta última conclusión se puede llegar respecto de los delitos en los que cabe la aplicación del principio de justicia universal (descritos en el artículo 7 del Código Penal). Al respecto, el artículo 8 del mismo cuerpo normativo indica que el inicio de

la acción penal será mediante instancia de los órganos competentes, esto es, el Ministerio Público, que además es posible ampliar a la Procuraduría General de la República (artículos 1 y 3 incisos *a* y *d* de la Ley Orgánica de este órgano consultivo de la Administración Pública). No es dable interpretar que es excluyente uno del otro, toda vez que claramente la normativa procesal penal y la orgánica funcional del órgano acusador (Ministerio Público) claramente le otorga tal función. La ley Orgánica de la Procuraduría General de la República amplía y no excluye en modo alguno que el Ministerio Público pueda de oficio iniciar el proceso penal.

El principio de oportunidad reglado, como excepción a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, que regula el artículo 22 del Código Procesal Penal, podría tener alguna afectación respecto de las delincuencias que acá interesan.

Decimos *alguna* porque, dentro de los supuestos contenidos en dicha norma, se prevé el caso de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja cuando el imputado colabore con la investigación de forma eficaz y brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita; todo a tenor de lo que prevé el inciso *b* de la norma referida. Como vemos, no hay una exclusión de la aplicación de este supuesto a los delitos previstos en el Estatuto de Roma y que tiene su correlato en el orden jurídico penal interno.

Otro supuesto sería el del sufrimiento del imputado a consecuencia del hecho, de daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, tal como está previsto en el inciso *c* del mismo artículo 22 del Código Procesal Penal.

Finalmente, también se puede aplicar el criterio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que deba imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad que debe esperarse por los restantes hechos o infracciones. En estos últimos casos podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva. Esto lo contiene el inciso *d* de la misma norma.

Si bien es cierto que los delitos que aquí interesan tienen su gravedad, podría optarse por no perseguirlos en Costa Rica si revisten aún mayor gravedad en otro país, prescindiéndose de la persecución para conceder la extradición o prescindiendo incluso de la solicitud de extradición.

En general, la aplicación de criterios de oportunidad se da en casos excepcionales, por lo que en esta clase de delincuencia, dada la gravedad que reviste, es más improbable que se aplique.

## D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

En este aparte haremos una comparación de los presupuestos generales de punibilidad y exención de pena entre las previsiones del Estatuto de Roma y el actual y proyectado ordenamiento penal en Costa Rica con relación a los crímenes internacionales. De forma resumida, en la medida en que ello sea posible, trataremos de hacer este paralelismo entre la parte general que contiene el Estatuto de Roma y su regulación nacional con respecto a este tipo de delincuencia en particular y su incidencia respecto de las previsiones de dicho Estatuto.

### I. *Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma*

La regulación del dolo, prevista en el Estatuto de Roma en el artículo 30, halla su correlato interno. Obviamente, hemos de hacer primero alusión a la Constitución Política y en segundo término, pero no menos relevante, a la forma como se regula en el Código Penal.

El artículo 39 constitucional<sup>68</sup> establece como uno de los fundamentos del sistema penal el principio de culpabilidad. Este se desarrolla con mayor amplitud en el artículo 30 del Código Penal, donde se hace el enunciado general del principio de culpabilidad de la siguiente forma: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

A diferencia de España, por ejemplo, donde se maneja el concepto de *imprudencia*, en Costa Rica se parte de un concepto “amplio” de culpabilidad, que envuelve tanto a dicho concepto como al de preterintención y al de dolo. La culpa, entendida como violación a un deber objetivo de cuidado, es la que se entiende en la jurisprudencia penal como la forma “estricta”.

La definición de dolo que maneja el Código Penal queda establecida en el artículo 31, con un énfasis más en el aspecto volitivo que en el propiamente referido al tipo penal. Para el legislador costarricense obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola por lo menos como posible. En términos generales no difiere del enunciado en el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Precisamente, esa previsibilidad y aceptación de la posibilidad de producción del resultado (últimas frases que contiene la norma penal nacional) sirven de sustento a la jurisprudencia para aceptar el dolo eventual dentro del ordenamiento<sup>69</sup> penal costarricense.

---

<sup>68</sup> Véase la última cita de la nota 4.

<sup>69</sup> La Sala de Casación Penal ha mantenido una posición consistente con dicho razonamiento; bástenos citar al respecto los votos n<sup>os</sup> 1202-97 de las 9:30 horas del 7 de noviembre de 1997 y 589-2000 del 6 de junio de 2000.

Los elementos cognitivos y volitivos que le son exigibles al superior jerárquico para determinar su responsabilidad penal, que bien desarrolla el artículo 28 del Estatuto de Roma, encuentran también su correspondencia, si bien no tan puntual como en la norma convencional, en el artículo 36 inciso *b* del Código Penal. Esta norma dispone que para que opere la causa de exclusión negativa de la punibilidad de la obediencia debida, la orden que dimane de la autoridad competente debe cumplir con los requisitos formales y materiales que exige la ley, el agente debe estar jerárquicamente sujeto a la autoridad del superior, y dicho mandato no debe constituir de manera manifiesta una infracción punible.

Si bien tal disposición se acerca más a la contenida en el artículo 33 del Estatuto de Roma, queda implícito que el superior jerárquico es responsable penalmente no solo por una acción exigible a título de culpa (imprudencia o falta al deber objetivo de cuidado) sino también de manera dolosa, lo que en todo caso dependerá del tipo subjetivo del ilícito penal que se le atribuya.<sup>70</sup> Incluso si la orden es “evidentemente una infracción punible” no es posible acogerse al supuesto de *obediencia debida*, y este sería precisamente uno de los casos en que tanto quien emite la orden como quien la recibe y ejecuta son penalmente responsables. En todo caso, no existe en el ámbito interno un desarrollo tan puntual de dicho aspecto (responsabilidad penal de los jefes y otros superiores) como el contenido en el Estatuto de Roma.

La responsabilidad penal por omisión existe dentro del sistema penal nacional<sup>71</sup> en tanto en la figura penal específica exista una previsión concreta en ese sentido, no como un enunciado general aplicable a cualquier delincuencia.

En lo que respecta a las disposiciones contenidas en el artículo 25 del Estatuto, necesariamente hemos de hacer referencia al hecho de que el grado de participación requerido en el orden nacional para exigir responsabilidad penal es más estricto que el propuesto en la norma convencional.

Si nos referimos, por ejemplo, al caso del artículo 25, párrafo 3, inciso *b* de dicho cuerpo normativo, en el ordenamiento penal nacional la simple “proposición” de un crimen (tentado o consumado) no sería punible, excepto que esa misma persona participe en la comisión posterior de dicha ilicitud o que se asimile a la figura de la “instigación”.<sup>72</sup> Los demás presupuestos del mencionado artículo del Estatuto de Roma sí hallan su correlato en el sistema penal costarricense.

---

<sup>70</sup> El artículo 378 del Código Penal, referido a los crímenes de guerra, sanciona de forma directa a quien ordena cometer actos de los que ahí se describen y que se considera tienen tal carácter.

<sup>71</sup> Artículos 18 y 19 del Código Penal. El primero dispone: “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”. Y en el artículo 19 se indica: “El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado”.

<sup>72</sup> Que se encuentra previsto en el artículo 46 del Código Penal de Costa Rica: “Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible”. Y que en todo caso parecería que es algo más que la simple “propuesta” de cometer un delito.

En lo que toca a las causas eximentes de responsabilidad (legítima defensa y estado de necesidad), el criterio de “razonabilidad en el medio de defensa empleado” que maneja el artículo 31 párrafo 1, *c*, del Estatuto, en alguna medida se asemeja al del artículo 28 inciso *b* del Código Penal de Costa Rica, que se refiere a la “necesidad razonable del medio empleado”, enunciado que se mantiene en el proyecto de Código Penal en su artículo 27. Sin embargo, la norma de derecho penal nacional, a diferencia de su par en el Estatuto de Roma, no prevé la posibilidad de encontrarse ante el supuesto de legítima defensa cuando se trate de proteger un “bien que fuese esencial para realizar una misión militar”, aunque sí cabe la legítima defensa de un tercero o de los derechos de aquel.

El estado de necesidad, según se describe en el artículo 31, párrafo 1, *d*, del Estatuto de Roma, coincide en términos generales con la previsión del artículo 27 del Código Penal, que se refiere también a dicha figura. Esta norma, que se mantiene incólume en el artículo 26 del proyecto de Código Penal, dispone:

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

A pesar de usar una redacción diferente, los requisitos para que opere esta causa de exclusión negativa de punibilidad son iguales en el ordenamiento nacional y en el Estatuto de Roma.

No ocurre lo mismo respecto de las previsiones relativas al error. Si bien es cierto que el Estatuto de Roma (artículo 32) y el Código Penal Costarricense (artículos 34 y 35)<sup>73</sup> contienen la misma distinción entre error de hecho y error de derecho (ya superada desde hace algún tiempo por la doctrina), el supuesto contenido en la norma convencional es más amplio.

En el Estatuto de Roma, a pesar de la contradictoria redacción, si el error hace desaparecer el dolo o la culpa (recordemos que a esta última en el ámbito nacional se la conceptúa como falta al deber objetivo de cuidado), puede eximir de responsabilidad penal. En el orden penal nacional, sin embargo, la “exclusión de la intencionali-

---

<sup>73</sup> Artículo 34: No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 35: “No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79”.

dad” no exime del todo de responsabilidad penal si se está ante un delito doloso y el error es vencible (error de prohibición vencible o, lo que es lo mismo, en el caso del llamado error de derecho).<sup>74</sup>

En Costa Rica la mayoría de edad penal se adquiere a partir de los 18 años. En esto coinciden el artículo 26 del Estatuto de Roma y el 17 del Código Penal nacional. Esta última norma preceptúa: “Este Código se aplicará a las personas de dieciocho años cumplidos”, previsión que se mantiene en términos generales en el numeral 15 del Código Penal proyectado.

De dichas normas también se concluye que la responsabilidad penal dentro del sistema penal costarricense es individual, como se prevé en el artículo 25, inciso 1, del Estatuto de Roma.

Por su parte, y en lo que toca a la idea del legislador costarricense acerca de la función de la pena, el artículo 51 del Código Penal dispone: “La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años”.

Obviamente tal proposición resulta un tanto contradictoria, si por un lado se quiere ejercer una función rehabilitadora por parte del Estado<sup>75</sup> a través del sistema penal y por otro se establece un límite máximo de la pena elevado hasta medio siglo de prisión.

Esta dicotomía tiene su explicación en el hecho de que el límite máximo fue llevado hasta ese extremo en 1994 (ley 7.338 de 22 de abril), o sea, 24 años después de haber sido emitido el actual Código Penal, en una involución motivada por una reacción legislativa de momento. Afortunadamente esto se ha tratado de corregir en el proyecto de Código Penal, rebajando la pena máxima a 35 años de prisión (artículo 45) e introduciendo una serie de penas alternativas que sustituyen a la de prisión y multa, que actualmente son las que prevalecen. Este será uno de los aspectos que sin duda merecerán mayor atención cuando el proyecto se someta a discusión en la Asamblea Legislativa.

No existe un plazo de prescripción específico para los crímenes internacionales en la legislación interna. Esto nos llevaría a la regulación procesal que determina los plazos de prescripción, de forma que, conforme al artículo 31 del Código Procesal Penal, si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: “a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; pero, en ningún caso, podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres; b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas y contravenciones”.

---

<sup>74</sup> Acerca de la regulación del error en el Derecho Penal costarricense: Alfredo Chirino y Mario Houed, 1994; y Carlos Chinchilla, 1996.

<sup>75</sup> Una crítica muy interesante a esta función la encontramos en Luigi Ferrajoli, 1998, p. 484.

Esto se complementa en el artículo 32, que establece que los plazos de prescripción se registrarán por la pena principal prevista en la ley y comenzarán a correr para las infracciones consumadas desde el día de la consumación; para las tentativas, desde el día en que se efectuó el último acto de ejecución, y para los delitos continuados o de efectos permanentes, desde el día en que cesó su continuación o permanencia.

Si el proceso se ha iniciado, los plazos descritos en el artículo 31 se reducen a la mitad, según lo que prevé el artículo 33; además, el plazo de prescripción es renunciable por el imputado (artículo 35 del mismo cuerpo normativo penal procesal).

No obstante la regulación general en materia de prescripción, en virtud del carácter jurídicamente prevalente de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad y del Estatuto de Roma (artículo 29) por sobre la legislación ordinaria, a tenor de lo analizado al inicio con relación a las resoluciones de la Sala Constitucional<sup>76</sup> y el artículo 7 de la Constitución Política, en lo que toca a este tipo de delincuencia ha de estarse a las normas convencionales para concluir acerca de su imprescriptibilidad.

De hecho así se ha analizado en el propuesto Código Penal, artículo 10, párrafo *in fine*, que dispone: “Es imprescriptible la acción penal y la pena, tratándose de conductas punibles contra el Derecho Internacional Humanitario; de terrorismo; de genocidio; de tráfico ilícito de personas, órganos, materiales anatómicos, u óvulos fecundados en cualquier etapa de desarrollo; y de promoción o explotación sexual de menores de edad”.

Aun así, y a pesar de la buena voluntad, se trata de una previsión incompleta. La regulación propuesta en materia de imprescriptibilidad confunde los delitos del derecho internacional humanitario y los delitos contra la humanidad, que son diferentes y que en todo caso son imprescriptibles, ambos, en el derecho internacional penal.

La prohibición de retroactividad descrita en los artículos 22 y 24 del Estatuto de Roma para los crímenes internacionales se reitera en el orden penal interno. De hecho, como se mencionó en la introducción de este trabajo, es uno de los pilares que en el plano constitucional le dan sustento al ordenamiento penal costarricense<sup>77</sup> y se encuentra regulado en el ya transcrito artículo 39 constitucional.

En lo que respecta al principio *non bis in ídem* en materia de crímenes internacionales, previsto actualmente en el artículo 20 del Estatuto de Roma,<sup>78</sup> el Código Penal tiene una regulación diversa. De acuerdo con su artículo 9, carecen de valor de

---

<sup>76</sup> La Sala Constitucional de Costa Rica se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el voto 230-96. Si bien se menciona solamente a los delitos de lesa humanidad, lo cierto es que la Convención tiene un alcance aún mayor y en todo caso es plenamente aplicable en Costa Rica.

<sup>77</sup> Véase nota 4.

<sup>78</sup> Acerca de este y otros principios generales de derecho penal en el Estatuto puede consultarse, entre otros muchos estudios: Kai Ambos, “Principios...”, 2000, p. 927; también del mismo autor: “Hacia...”, 1997; *El Estatuto...*, 1999; *La nueva justicia...*, 2000; *La nueva justicia...*, 2002.

cosa juzgada las sentencias penales extranjeras que se pronuncien acerca de los delitos que se cometan en territorio costarricense, atenten contra la seguridad interior o exterior o contra la economía del Estado, o sean cometidos contra la administración pública por funcionarios a su servicio, sean o no costarricenses (principio real o de protección).

Conforme al artículo 10 del Código Penal se le otorga el valor de cosa juzgada a la sentencia absolutoria referida a los delitos que produzcan o puedan producir sus resultados en el territorio nacional, hayan sido cometidos por personas al servicio de Costa Rica y no hubieren sido juzgadas en virtud de inmunidad diplomática o funcional, por delitos cometidos en perjuicio de algún costarricense o sus derechos; y aquellos en aplicación del principio de justicia universal (regulados en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, ya transcrito), entre los cuales cabe destacar los hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en el mismo Código Penal. En otras palabras, se prohíbe la persecución penal de personas por crímenes internacionales cuando estas ya han sido declaradas inocentes por otro Estado con ocasión del mismo hecho.

Lo anterior implica que ya el ordenamiento nacional prevé una eventual confluencia de competencias (conflicto positivo) y renuncia a dicha persecución, con lo que la represión de tales conductas quedaría en manos del Tribunal Penal Internacional, si lo estima conveniente y de acuerdo con lo que le permite el artículo 17 del Estatuto.

Como se ve, la regulación nacional difiere de la del Estatuto de Roma. A pesar de lo impreciso y la confusión de términos que maneja el proyecto de Código Penal, se pretende variar el actual estado de cosas. De hecho, el artículo 10 del mencionado proyecto dispone en su primer párrafo: “En los delitos de carácter internacional señalados anteriormente, la sentencia penal extranjera tiene valor de cosa juzgada”.

Esta norma restringe su ámbito de aplicación únicamente a los delitos de carácter internacional que ahí se mencionan. No puede olvidarse que, además, el concepto de este tipo de delincuencia que se maneja en todo el proyecto de Código Penal se limita únicamente a los delitos del derecho humanitario.

## ***II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

A diferencia de lo que dispone de forma expresa el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y su correlato en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, no existe en el ordenamiento nacional ninguna norma que expresamente disponga, como en aquellos, que “el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad ni le atenuará la pena”. Por el contrario, se mantiene un fuero constitucional que protege de la persecución penal ordinaria y que obliga consecuentemente a un proceso de desafuero previo. Esto es así, al menos para

el presidente y los dos vicepresidentes de la República,<sup>79</sup> los diputados de la Asamblea Legislativa,<sup>80</sup> los magistrados propietarios del Poder Judicial<sup>81</sup> y los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones.<sup>82</sup>

Esta situación, lejos de adaptarse a lo que prevé el Estatuto de Roma en su artículo 27, se agrava con la norma propuesta en el proyecto de Código Penal enviado a la Asamblea Legislativa. El artículo 15, párrafos 3 y 4, crea un espacio de impunidad y mantiene de forma irrestricta el fuero actual: “No se aplicará la legislación penal a los jefes de Estado extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y a los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad penal, según las convenciones internacionales aprobadas por Costa Rica. A los servidores públicos que conforme a la Constitución Política gocen de inmunidad, no se les aplicará la legislación penal mientras no se remueva ese fuero”.

Nuevamente, y como en muchos otros casos, la remisión hecha por la ley ordinaria a las convenciones internacionales y el carácter prevalente que tienen estas de acuerdo con el artículo 7 constitucional aseguran que se puedan atacar situaciones como la propuesta. De no estarse a una interpretación sistemática del ordenamiento,

---

<sup>79</sup> Artículo 151 constitucional que preceptúa: “El Presidente, los Vicepresidentes de la República o quien ejerza la Presidencia, no podrán ser perseguidos, ni juzgados sino después de que, en virtud de acusación interpuesta, haya declarado la Asamblea Legislativa haber lugar a formación de causa penal”.

<sup>80</sup> El artículo 10 constitucional dispone: “El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea. Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el Diputado lo consienta. Desde que sea declarado electo propietario o suplente, hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efecto en el caso de flagrante delito, o cuando el diputado la renuncia. Sin embargo, el Diputado que haya sido detenido por flagrante delito, será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare [...]”. Debe indicarse que desde la vigencia de la actual Constitución, que data de 1949, y a pesar de que no han sido infrecuentes las solicitudes de desafuero, no se conoce de caso alguno en que se le haya levantado a algún diputado. Igualmente y sobre este tema cf. Hernán Esquivel Salas, 1990.

<sup>81</sup> Para efectos aclaratorios, en Costa Rica los magistrados son 22 electos por el Poder Legislativo; el resto somos jueces, que no gozamos de ningún fuero. El artículo 121, cuando define las funciones del Poder Legislativo, confirma la existencia de dicho fuero para tales magistrados; concretamente tal cuerpo legislativo puede: “9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento; 10) Decretar la suspensión de cualquiera de los funcionarios que se mencionan en el inciso anterior, cuando haya de procederse contra ellos por delitos comunes”.

<sup>82</sup> Órgano de carácter constitucional permanente y separado de los otros tres poderes de la República. La Constitución Política lo regula así: “Artículo 99. La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales”. Y el artículo 101 constitucional les otorga a sus magistrados un fuero frente a la persecución penal, que denomina *inmunidad*.

con referencia a las convenciones internacionales que regulan el tema, en la práctica judicial se puede llegar a resolver un asunto no solo en violación de tales instrumentos internacionales, sino, y consecuentemente, de las obligaciones asumidas por el país frente a la comunidad internacional.

La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del Estatuto de Roma (voto de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000), se pronunció específicamente sobre este punto. Sostuvo en aquella oportunidad dos posiciones relevantes: 1) que el fuero que cubre a los funcionarios ya aludidos no puede ser sobrevaluado al punto que impida la actuación de un tribunal como la Corte Penal Internacional, de forma tal que no se requiere esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa para iniciar procedimientos; 2) que esto no significa, sin embargo, que se autoriza el juzgamiento en ausencia, porque violenta el debido proceso como se concibe en Costa Rica. En todo caso, se considera que la norma correspondiente del Estatuto (artículo 27) es constitucional.

El artículo 121 constitucional, por su parte, confiere a la Asamblea Legislativa la potestad de dictar amnistías, con las siguientes restricciones: “Inciso 21) Otorgar por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, amnistía e indulto generales por delitos políticos, con excepción de los electorales, respecto de los cuales no cabe ninguna gracia”.

Se requiere una votación calificada, lo que implica un consenso político en ese sentido, y solamente se concede por “delitos políticos”, que es una categoría dentro del Código Penal diversa en todo caso de los crímenes internacionales.<sup>83</sup> Esto nos lleva a concluir que no es posible conceder amnistías por esta clase de delincuencia.

A una conclusión parecida puede llegarse al centrar la atención en el indulto. El artículo 90 del actual Código Penal prevé: “El indulto, aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta, por sentencia ejecutoria, o bien su conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias. El indulto sólo podrá ser concedido por el Consejo de Gobierno, el cual previamente a resolver, oír el criterio del Instituto de Criminología. Consultará también a la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la solicitud de indulto se fundamente en una crítica a una sentencia judicial. Dichos organismos deberán pronunciarse en un término no mayor de treinta días naturales, y si no contestaren dentro de ese término, el Consejo de Gobierno podrá resolver lo que corresponda”.

---

<sup>83</sup> El Código Penal remite en su artículo 89 a la norma constitucional aquí citada, respecto de la regulación de la amnistía. A su vez, tal cuerpo normativo contempla en el título XII del libro segundo los delitos que califica como contra los poderes públicos y el orden constitucional, entre los que se incluyen la rebelión (artículo 294), la violación del principio de alternabilidad (artículo 295), la propaganda contra el orden constitucional (artículo 296), el motín (artículo 297), el menosprecio contra los símbolos nacionales (artículo 298), la conspiración para cometer rebelión (artículo 300), la seducción de fuerzas de seguridad (artículo 301) y la infracción al deber de resistencia (artículo 302).

La restricción de este instituto a los “delitos comunes” igualmente ha de interpretarse como excluyente respecto de la categoría de delitos internacionales. Por ello también es posible concluir que no es dable otorgar indulto por esta clase de delincuencia.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

En términos generales, no puede afirmarse que en la persecución de los crímenes internacionales en el ordenamiento procesal penal costarricense exista un procedimiento diferenciado. Hay un proceso “ordinario”, en el cual la investigación preparatoria se encuentra a cargo del órgano persecutor (Ministerio Público), con el control de un juez de garantías, una etapa intermedia, una fase de juicio y otra de ejecución.

El Código Procesal Penal prevé, sin embargo, que cuando la tramitación de una causa sea compleja debido a la multiplicidad de hechos, el elevado número de acusados o de víctimas, o que se trate de delincuencia organizada, se podrá decretar (de oficio, por el tribunal) o solicitar (por el Ministerio Público) lo que el artículo 376 de dicho cuerpo normativo denomina “Procedimiento para asuntos de tramitación compleja”.

Los efectos principales que tiene esta declaratoria sobre el proceso son la extensión de los plazos para la prisión preventiva, para concluir la investigación preparatoria, el de la etapa intermedia, de juicio, de deliberación, para interponer y tramitar recursos.

Sin embargo, como se observa de la formulación de dicha normativa, su procedencia no está supeditada al hecho de que se trate de criminalidad internacional. En estos casos el criterio que priva es la complejidad del asunto, no tanto el tipo de delincuencia, aunque no se puede descartar que en los delitos internacionales se presenten algunas de las características que habilitan la aplicación de este tipo de procedimiento.

El derecho de defensa es uno de los que mayor control tiene durante el proceso. Hay toda una serie de instancias que se encargan de asegurar su efectivo ejercicio, comenzando por la Sala Constitucional (a través de los recursos de hábeas corpus o consulta que hace la Sala de Casación cuando se alegue en dicho recurso la violación del debido proceso), el control a través de los diversos recursos ordinarios que es posible interponer en el proceso, el control de la actuación del Ministerio Público por el juez de garantías, los controles que sobre ambos ejerce el Tribunal de Juicio y que sobre este último ejercen la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional, además de los órganos administrativos de fiscalización de los tribunales ordinarios.

El disfrute igualitario de derechos entre costarricenses y extranjeros, garantizado en la Constitución Política en su artículo 19,<sup>84</sup> se mantiene también en el proceso

---

<sup>84</sup> Esta norma dispone: “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de

penal. No solamente los controles mencionados se encargan de asegurar su eficacia, sino que existen varias normas dentro de la normativa procesal penal que tienden a hacerlo efectivo. Baste citar el artículo 13 del Código Procesal Penal, que dispone: “Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él”.

La designación del defensor público la puede hacer incluso de oficio el tribunal y su costo está a cargo del Estado. De ahí que no pueda considerarse que por el tipo de delincuencia de que se trate se llegue a limitar el ejercicio del derecho de defensa o las posibilidades de impugnación.

## **F. La práctica efectiva de persecución**

La práctica persecutoria efectiva de esta clase de delincuencia puede verse limitada, no tanto por carencia de suficientes instrumentos legales que la posibiliten (hemos visto que, bien que mal, hay bastantes), sino porque a veces se desconocen su existencia y alcances.

La carencia de un Ministerio Público que ejerza sus funciones de manera efectiva y el desconocimiento en el uso de dichos instrumentos se confabulan para que esa práctica persecutoria no haya dado mayores frutos.

En un extremo tenemos el caso de Bodhan Kosiy, un ciudadano ucraniano requerido por su país por su participación en la policía de ocupación nazi en el territorio de Ucrania. A pesar de que el proceso en su contra tiene más de diez años, no ha implicado su efectiva expulsión del país, ni mucho menos se ha iniciado causa penal en su contra.

En el otro extremo, sin embargo, hay resoluciones en salvaguarda de los derechos de un nicaragüense frente a denuncias de tortura por la policía judicial nacional que han implicado la aplicación de la normativa internacional referida a esta clase de delincuencia.<sup>85</sup>

---

los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”.

<sup>85</sup> Lo que fue conocido por la Sala Constitucional en el voto 3724-93. En dicha oportunidad se aplicaron directamente las siguientes normas internacionales: a) de la Declaración Internacional de Derechos Humanos de la ONU, el artículo 5, que prohíbe las torturas, las penas y los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, reforzada por la Declaración de Teherán de 13 de mayo de 1968; b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el artículo 7, con similar contenido, y el 10, sobre el trato humanitario y el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad; c) artículos I y XXV de la Declaración Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, la libertad e integridad personales y sobre la protección contra detenciones arbitrarias; d) artículos 5 y 7 de

Por ello, la práctica puede catalogarse de errática y deficitaria, a pesar de las escasas oportunidades que el ámbito judicial ha tenido para conocer esta clase de delincuencia, lo que no necesariamente está motivado por la ausencia de sujetos que puedan ser perseguidos penalmente por crímenes de esta categoría, sino por los factores mencionados al inicio y por el manejo de los existentes por la policía de migración, a cargo del Poder Ejecutivo.

Muy aventurado sería afirmar que entre esos factores se encuentra la falta de voluntad política, pues el Ministerio Público cuenta con instrumentos legales que le aseguran cierta independencia frente al Poder Ejecutivo. Se encuentra adscrito a la estructura del Poder Judicial (artículo 1 de su Ley Orgánica) y de este depende la designación de su jerarca.<sup>86</sup>

Aun así, falta un gran camino por recorrer para que todos los operadores del sistema tengan conciencia, por un lado, de la existencia de estos instrumentos y, por otro, de los alcances que tienen con respecto a infinidad de situaciones que se pueden presentar en la realidad cotidiana del trabajo del órgano persecutor, que es el encargado de iniciar el proceso.

---

la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la integridad y libertad personales; e) la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución n° 36/46 de 10 de diciembre de 1984; f) las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas, y reiteradas por el Consejo Económico y Social de la ONU por resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2.858 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, 3144 B (XXXVIII) de 14 de diciembre de 1973, 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, en lo aplicable a las detenciones administrativas; g) la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 3.452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, y reiterada y reforzada por resoluciones 32/63 de 8 de diciembre de 1977; 32/64; h) el Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1979.

<sup>86</sup>No obstante, a veces la práctica de la policía de inmigración, a cargo del Poder Ejecutivo, y la inacción del Ministerio Público han posibilitado que no se persigan casos de este tipo. Uno de estos ejemplos muy reciente es el de un ex oficial miembro de la antigua policía política estona durante la Segunda Guerra Mundial, el ahora nacionalizado venezolano Harry Mannil Laul, contra quien no existe orden internacional de captura, pero que es señalado como responsable de crímenes contra la humanidad por la Comisión Nacional Estona para la Investigación de Crímenes de Guerra, al igual que por el Centro Simón Wiesenthal de Washington. El asunto se resolvió simplemente con una notificación de la policía de migración que le prohibía el ingreso al país, cuando iba saliendo hacia Venezuela, luego de planes concretos de establecerse en Costa Rica. Consúltese el periódico *La Nación* del jueves 6 de febrero de 2003, 12 a, sección "El País", en <www.nacion.co.cr>.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### **I. Proyectos de reforma**

La aprobación del Estatuto de Roma ha motivado una muy puntual modificación de la situación jurídica del ordenamiento penal costarricense, a través del proyecto que en su momento se denominó “Proyecto de represión penal, castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad”.<sup>87</sup> La exposición de motivos de dicho proyecto de ley toma como fundamento los convenios de Ginebra de 1948 y sus protocolos adicionales, y el legislador proponente indica que su propósito es “regular de manera efectiva no sólo los crímenes de guerra sino también los crímenes de lesa humanidad”.

En la exposición de motivos se cita tangencialmente el Estatuto de Roma, pero para hacer referencia al principio de complementariedad. En realidad, el fundamento de la reforma no necesariamente se halla en el propio Estatuto, que no se menciona para analizar a fondo su incidencia en el orden penal nacional, sino únicamente para describir el papel complementario que desempeña el Tribunal. Por ello podemos afirmar que se trata de una reforma puntual, parcial. Sin embargo, es importante en la medida en que abre una puerta, a través de la remisión, que posibilita la introducción de los tipos penales *crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad*, contenidos ya en el Estatuto, y les fija una pena.

Aun así, debe reiterarse que el propósito del proyecto de Código Penal es terminar con un proceso de reforma integral (que desde 1996 se produjo en el ámbito procesal y orgánico) que a la fecha ha quedado inconcluso. Por tanto, la ocasión es la propicia para adaptar al Estatuto de Roma la normativa penal material, que es la que en todo caso requiere mayor adaptación. Hemos hecho al respecto varias observaciones que consideramos necesario tomar en consideración. El proyecto no sistematiza la normativa referida a la criminalidad, ya que omite la adaptación requerida al Estatuto de Roma que al menos se ha intentado con la modificación de los artículos 379 y 378 del Código Penal actual.

Aún estamos muy alejados de una reforma integral como el Código Penal Internacional aprobado a mediados del 2002 en Alemania. No es que sea necesario como proyecto de ley específico en Costa Rica, sino que lo deseable es aprovechar la coyuntura para adaptar el sistema a la norma internacional ya referida y a otras propias del derecho penal internacional que indudable e ineludiblemente tienen trascendencia en el ámbito interno.

---

<sup>87</sup> Publicado en el diario oficial *La Gaceta* n° 129, del 5 de julio de 2001. Y que fue aprobado sin mayor oposición en la Asamblea Legislativa, convirtiéndose en ley n° 8.272, publicada en *La Gaceta* n° 97 del 22 de mayo de 2002. Consúltense en ambos casos la página <www.imprenal.gov.cr>.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

La posibilidad de persecución de los crímenes internacionales, de acuerdo con la actual regulación penal costarricense, no es ilimitada. Como analizamos en su oportunidad, para que pueda iniciarse la acción penal se requiere la presencia del acusado en territorio nacional.

Aun así, la remisión que el mismo Código Penal (artículos 378 y 379) hace a los tratados internacionales de derechos humanos que sancionan penalmente su trasgresión (con las reservas de constitucionalidad que pueden existir) constituye en la actualidad un instrumento valioso para que por esta vía se abra una amplia posibilidad de persecución de la criminalidad internacional.

Se trata, no obstante, de una posibilidad reducida, no tanto por el cuestionamiento que pueda hacerse respecto de su constitucionalidad, sino por lo amplia e imprecisa que pueda ser dicha remisión, por el desconocimiento de los instrumentos internacionales que sancionan tales delincuencias y por la falta de efectividad del órgano encargado de la persecución en el ámbito interno para iniciar y mantener una causa penal en su contra.

Lo ideal sería regular de manera específica la criminalidad internacional, de acuerdo con los tratados concluidos por Costa Rica, la obligación que representan frente a la comunidad internacional y la jerarquía que les otorga la Constitución Política por sobre la legislación nacional. Es decir, propiciar en el actual proyecto una sistemática introducción de las figuras que en el plano internacional el país se ha comprometido a sancionar penalmente.

Si no se contase con dicha remisión (lo que ocurrirá en caso de aprobarse el actual proyecto de Código Penal), el vacío en cuanto a la criminalidad internacional se hará más amplio. Principalmente con relación a la regulación del Estatuto de Roma, respecto del cual hay un déficit subsanable en la actualidad, pero que se torna insalvable con el proyecto de Código Penal presentado a la Asamblea Legislativa.

Obviamente el tratado mantendrá su carácter jerárquicamente prevalente por sobre la legislación ordinaria, solo que, sino se cuenta con las remisiones de los artículos 378 y 379, esta queda incompleta e inaplicable en el ámbito nacional, por cuanto no tendría una pena asignada, como sí la tiene en la actualidad. De esta forma se crearía una gran laguna de punibilidad.

## ***III. Debate jurídico-político***

El debate jurídico-político, más que centrarse en la discusión de las repercusiones del Estatuto de Roma —en lo que parece haber un gran consenso, y puesto que ya se cuenta con una reforma puntual motivada por su ingreso al sistema penal nacional como norma prevalente sobre la ordinaria—, se ha centrado en la discusión del proyecto de Código Penal.

No obstante, en este proyecto las previsiones referidas a la criminalidad internacional no solo son deficitarias, confunden el derecho humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos y pasan de lado del concepto de derecho penal internacional, sino que, lejos de avanzar, retroceden respecto del actual estado de cosas.

Lamentablemente no se ha producido un debate acerca de dicho proyecto en esta dirección. Sobre todo en la discusión a través de los medios de comunicación, interesan más las penas alternativas, el máximo imponible y los beneficios en la fase de ejecución.

De todos modos, es en este momento, cuando se discute todo el proyecto frente a la comunidad jurídica nacional, que es posible analizar esas carencias y prever cualquier laguna de punibilidad que pudiera subsanarse antes de su aprobación.

Si ha existido un debate jurídico-nacional acerca del Estatuto de Roma,<sup>88</sup> este ha sido marcado por las pautas sentadas en la consulta preceptiva de constitucionalidad (voto de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000). Tres aspectos esenciales interesaron a la Sala Constitucional en aquella oportunidad: uno, ya visto en este informe, referido al tema de la inmunidad, otro relacionado con la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional y, finalmente, el de la posibilidad de aplicar penas a perpetuidad (artículo 77 del Estatuto).

Con relación a la entrega de nacionales, debe necesariamente reproducirse el artículo 32 de la Carta Magna, que dispone: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”. Frente a lo que dispone el numeral 89 del Estatuto, la Sala Constitucional concluyó, por voto de mayoría, que la garantía del numeral 32 constitucional está limitada de acuerdo a su interpretación teleológica, lo que significa que no puede ir en demérito de instrumentos que por otro lado propicia la misma Carta Magna en tutela de los derechos humanos, como lo es el propio Estatuto.

En la consulta preceptiva citada el voto de minoría consideró que no es posible la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional. Consecuentemente, la aplicación del artículo 89 del Estatuto estaría condicionada por la nacionalidad de quien se entrega.

Con relación a lo que disponen los artículos 77 y 78 del Estatuto, en la misma ocasión la Sala Constitucional consideró abiertamente inconstitucional la reclusión a perpetuidad. Para enmendar este aspecto recurrió al propio artículo 80 del Estatuto y consideró que, en tanto prevalezca la normativa constitucional costarricense y se condicione la entrega a la no aplicación de una pena de prisión a perpetuidad, es posible salvar la antinomia.

---

<sup>88</sup> Una contribución muy reciente, que a no dudarlo propiciará el debate en Costa Rica, es la publicación del libro de Kai Ambos, *La Corte Penal Internacional* (Jurídica Continental, San José, 2003).

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

Un aspecto que puede resultar importante y positivo, derivado de la regulación procesal penal nacional, es la posibilidad que tiene la víctima de accionar conjuntamente en sede penal y de manera simultánea con ese proceso para procurar la reparación civil del daño derivado de la ilicitud que se juzga. Se denomina, en el ámbito nacional, *acción civil resarcitoria*<sup>89</sup> y es subsidiaria respecto de lo penal, sin que precluya la posterior interposición de un proceso civil independiente.

La posibilidad de obtener una reparación civil de esta manera es conforme con la norma constitucional de justicia pronta. La víctima no necesita esperar una sentencia condenatoria en lo penal para iniciar otro proceso en lo civil y pretender en un segundo proceso una reparación. De hecho, incluso la Procuraduría General de la República puede, en representación de intereses colectivos o difusos, accionar por esta vía para obtener reparación.

En el momento en que se dicta sentencia en lo penal, el juez queda obligado a pronunciarse respecto de la reparación en lo civil. Debe recordarse que no solamente interesa que la legislación penal en materia de crímenes internacionales lleve a un pronunciamiento en ese sentido, lo que de por sí sería ya un gran avance, sino además, en una situación ideal, que se obtenga una reparación patrimonial.

## J. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Costa Rica

La ratificación del Estatuto de Roma realizada por Costa Rica en el año 2001 supondrá una serie de ajustes dentro del sistema penal nacional. Un cambio de mentalidad ha de operar en quienes tienen bajo su responsabilidad la aplicación de las normas que conforman el sistema penal, toda vez que se cuenta con nuevos instrumentos que amplían el rango de delitos que hasta ahora se pretendía reducir a la legislación ordinaria.

La directa aplicación de los tratados en el orden interno, la remisión que hace el propio Código Penal a instrumentos de derecho internacional para completar tipos penales y la remisión que se hace para definir los supuestos de aplicación del principio de justicia universal son solo algunos de los parámetros sobre los cuales habrá de centrarse la discusión de los innumerables retos que implicará analizar el sistema penal no como algo aislado, sino como parte de un sistema internacional de tutela de ciertos valores que se comparten en la comunidad de naciones.

La visión reducida, localista si se quiere, del derecho penal, no solo cede ante nuevas realidades, sino frente a la voluntad, incluso del propio legislador nacional, que crea las normas de derecho interno que posibilitan la aplicación de los instrumen-

---

<sup>89</sup> Se encuentra regulado en los artículos 37 a 41 del Código Procesal Penal.

tos del derecho penal internacional. La discusión y el desarrollo de esta área aún inexplorada en el medio costarricense se impone en un futuro cada vez más cercano.

El actual estado de cosas, si bien no es el mejor, al menos permite un rango de acción en el que la integración de la normativa internacional referida a la criminalidad internacional es más fácil y flexible.

Este panorama debería mejorar con un proyecto de ley de Código Penal cuyo ideal, entre otras cosas, habría de aspirar a poner al día la legislación interna con los compromisos internacionalmente adquiridos en la represión de conductas perseguibles en ese nivel, pero el proyecto se queda muy corto, introduce una regulación parcial, referida únicamente a delitos de derecho humanitario, y obvia una regulación más completa, como la existente en el Estatuto de Roma. Es más: amplía el ámbito de impunidad actualmente existente, incluso contra lo previsto en dicho Estatuto, para los jefes de Estado extranjeros.

Lejos de darse un paso en la dirección correcta, de hacer realidad la protección que pretenden los tratados que describen crímenes internacionales, el proyecto mencionado —queremos creer que por una omisión involuntaria, aunque algunos dirían que somos algo ingenuos— deja de lado una serie de compromisos asumidos ante la comunidad internacional para reprimir tales conductas en el ámbito nacional.<sup>90</sup>

Todavía se está a tiempo de corregir el rumbo; la discusión del proyecto en el Congreso se vislumbra lejana. Por el momento, en el orden del día de la corriente legislativa privan otros proyectos de ley. Sin embargo, es algo que ya está en discusión frente a la comunidad jurídica nacional.

Fieles a la tradición y a la disposición que ha tenido el país en la suscripción de esta especie de compromisos internacionales, llega la hora de hacer efectiva la tutela de los valores universales que se dice compartir.<sup>91</sup> En la actualidad existen instrumen-

---

<sup>90</sup> Y en esto tampoco quisiéramos ser tan pesimistas como Gillet cuando sostiene: “*L’expérience révèle aussi que, quoique ratifiées, la plupart des conventions internationales de protection des droits de l’homme sont inapplicables à des faits concrets pour des raisons techniques, car nos législateurs ont négligé d’adopter les mesures législatives internes qui conditionnent leur opérabilité en termes d’incriminations et de procédures*” (Erick Gillet, 1997, p. 119); sin embargo, el futuro de la legislación penal material interna en Costa Rica iría en esta dirección si no se corrige el rumbo tomado en este momento.

<sup>91</sup> Por el contrario, compartimos la visión de Freeman desde la óptica de la filosofía política: “*The idea of international justice presupposes the meta-theory of ethical universalism, which holds that there is a compelling ethical code applicable to humanity as such. Ethical universalism is deeply rooted in Western culture. It is a fundamental component of Christian doctrine; it was adopted by secular liberalism and socialism; it underpins the condemnation of such ‘obvious’ evils as xenophobia, anti-Semitism and racism, and provides an ethical perspective adapted to a ‘globalized’ world in which the values of universal human rights and international cooperation is widely shared. Thus, a doctrine that is 2000 years old seems more plausible than ever [...] Human history has contained more particularistic conflict than universalistic altruism. Universalism has been the ideology of intellectuals rather than the operational code of policy-makers*” (Michael Freeman, 2000, p. 65).

tos suficientes para hacerlos efectivos en el ámbito nacional y es de esperar que, al menos, esto no desmejore en el futuro.

La Sala Constitucional ha trazado una línea en dirección a la tutela de los derechos humanos y considera que el Estatuto de Roma es un instrumento útil para su protección. Las decisiones reiteradas de dicho órgano jurisdiccional han sentado las bases para que el legislador y el aplicador del derecho observen los compromisos asumidos internacionalmente y que aquellos no se conviertan en letra muerta.

Los instrumentos existen; lo único que falta es la voluntad.

### Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, n° 44, Madrid, 27 de noviembre a 3 de diciembre de 2000.
- AMBOS, Kai, “Hacia el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional y un Código Penal internacional”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 9, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, 1997.
- AMBOS, Kai, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- AMBOS, Kai, *La nueva justicia penal internacional*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2000.
- AMBOS, Kai (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, “Las bases constitucionales del principio de legalidad en materia penal”, en *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez*, IJSA, San José, 1999.
- BUENO ARÚS, (F.), “La teoría de la ley penal en el proyecto de CP español de 26 de setiembre de 1994”, en *Actualidad Penal*, n° 16, Madrid, abril 1995.
- CRUZ CASTRO, Fernando, *La función acusadora en el proceso penal moderno*, ILANUD, San José, 1991.
- CHANG PIZARRO, Luis, *Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal*, Jurídica Continental, San José, 1998.
- CHINCHILLA, Carlos, “Error de tipo”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 10, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- CHIRINO, Alfredo, y Mario HOUED, “El tratamiento del error en la legislación penal y la jurisprudencia costarricense”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 6, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1994.
- ESQUIVEL SALAS, Hernán, “Inmunidad parlamentaria”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 2, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, marzo de 1990.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998.
- FREEMAN, (Michael), “Universalism, Particularism and Cosmopolitan Justice”, en Tony Coates (ed.), *International Justice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración al delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GILLET, Erick, “La compétence universelle”, en Destexhe y Foret (dirs.), *De Nuremberg a La Haya et Arusha*, Bruylant, Bruselas, 1997.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, en *Temas de derecho procesal penal*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “Justicia, Constitución y debido proceso”, en *Revista de Ciencias Penales*, año V, nº 8, San José, marzo de 1994.
- HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, nº 7, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995.
- HOUED VEGA, Mario, “El debido proceso penal”, en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Escuela Judicial, San José, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981.
- JORGENSEN, (Nina), *The responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, en *Derecho penal. Parte especial* (2ª ed.), Jurídica Continental, San José, 2001.
- MORA MORA, Luis, y Sonia NAVARRO SOLANO, *Constitución y derecho penal*, Escuela Judicial, San José, 1995.
- MORA MORA, Luis Paulino, “Sistema penal, Constitución Política y jurisdicción constitucional”, en *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez*, IJSA, San José, 1999.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, “Diez tesis sobre la violencia y el derecho”, en *Nuevo Proceso Penal y Constitución*, IJSA, San José, 1998.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de derecho internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SALADO OSUNA, Ana, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, en Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Strategic Finance*, vol. LXXXIII, nº 7, Institute of Management Accountants, Nueva Jersey, enero 2002.

### ***Legislación***

Código Penal de Costa Rica.  
Código Procesal Penal de Costa Rica.  
Constitución Política de Costa Rica.  
Convención Americana de Derechos Humanos.  
Convención Americana de Extradición.  
Convención contra el Apartheid, de 1973.  
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.  
Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego.  
Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura.  
Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas, de 1998.  
Convención para la Prevención y el Castigo del Genocidio.  
Convención sobre Tráfico Internacional de Drogas, de 1961, 1971, 1972.  
Convenciones de Alta Mar, de 1958 y 1982.  
Convenio de La Haya, de 1970.  
Convenio de Montreal, de 1971.  
Convenio Internacional contra los Mercenarios, de 1989.  
Convenio sobre la Esclavitud, Protocolo de Enmienda y Convención Complementaria.  
Convenios de Ginebra de Derecho Humanitario de 1949 y protocolos adicionales.  
Estatuto de Roma.  
Ley 1.205.  
Ley 7.338.  
Ley 8.083.  
Ley 8.148.  
Ley 8.272.  
Ley de la Jurisdicción Constitucional.  
Ley Orgánica del Ministerio Público.  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### ***Jurisprudencia nacional***<sup>92</sup>

Sala Constitucional de Costa Rica, votos: 53-89, 135-89, 282-90, 764-90, 717-90, 807-90, 1148-90, 1876-90, 1739-92, 3435-92, 1562-93, 3724-93, 5759-93, 6829-93, 6660-93, 765-94, 829-94, 230-96, 2313-95, 2621-95, 4797-M-97.  
Consulta Preceptiva de Constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, 7484-2000  
Sala III, de Casación Penal: 1202-97, 589-2000.

---

<sup>92</sup> Todas las resoluciones judiciales citadas y la legislación nacional se pueden consultar en las páginas <[www.poder-judicial.go.cr](http://www.poder-judicial.go.cr)> o <[www.pgr.go.cr](http://www.pgr.go.cr)>. El proyecto de Código Penal se puede consultar en la primera dirección.

**Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez**  
**Jaime Edwin Martínez Ventura**

## **El Salvador**

### **A. Introducción**

El Salvador forma parte de los países que aún no son suscriptores del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. Las razones aducidas radican en que este violenta disposiciones constitucionales y tratados sobre derechos humanos ratificados por El Salvador.

El artículo constitucional que más controversias ha causado en la discusión es el referente a la prohibición de penas perpetuas (artículo 27, inciso segundo). Algunos han argumentado que el artículo 80 del Estatuto de Roma<sup>1</sup> puede dar una salida a dicha problemática. Pero otras personas han contraargumentado que el artículo 145 de la Constitución prohíbe expresamente la ratificación de tratados internacionales que de alguna forma afecten las disposiciones constitucionales, y que, por lo tanto, no puede haber una recepción doméstica del Estatuto.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>2</sup> es el tratado internacional que, se ha afirmado, es transgredido por el Estatuto de Roma, específicamente en lo referente a la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, pues se considera que las penas perpetuas reúnen las características de las que esta Convención prohíbe.

Si bien en 1998 se introdujo una reforma integral a la legislación penal (Código Penal, Código Procesal Penal y Ley Penitenciaria), la reforma no fue motivada por el deseo de adecuar la ley salvadoreña a la internacional, sino por la imperante necesidad de reformar el sistema de administración de justicia, aspecto que había sido des-

---

<sup>1</sup> El artículo dice: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni la de la legislación de los Estados en que no existan la penas prescritas en la presente parte”.

<sup>2</sup> El Salvador ratificó esta Convención el 23 de marzo de 1994.

tacado y convenido en los acuerdos de paz de 1992 que pusieron fin a la guerra civil (1980-1992). En materia de derecho penal internacional fueron escasos los adelantos, aunque, en lo que cabe, es importante reconocer la incorporación del principio de justicia universal al Código Penal salvadoreño (artículo 10).

Por otro lado, en el año 2000 se aprobó una reforma al artículo 28 constitucional<sup>3</sup> que sorprendió a la comunidad jurídica, pues se removió de la norma fundamental lo que por años había sido una garantía para los salvadoreños en materia de extradición. Se trata de la extradición pasiva. Con la nueva reforma se abre la puerta para que los nacionales sean extraditados siempre que exista un tratado que así lo regule. Dos principios que se incorporaron con el fin de restringir el ámbito de extradición fueron el principio de la doble incriminación y el de especialidad.

No obstante y a pesar de que la normativa penal vigente ha sufrido una gran cantidad de reformas,<sup>4</sup> al momento no se ha presentado o discutido seriamente la posibilidad de realizar una reforma en procura de buscar la adecuación de la legislación interna al Estatuto de Roma o a otros instrumentos internacionales que permitan efectivizar la persecución penal nacional de los crímenes internacionales.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

Antes de comenzar el análisis del sistema jurídico salvadoreño en materia de persecución penal nacional de crímenes internacionales es importante abordar la relación existente entre las normas de derecho interno con las de derecho internacional. Ello se planteará en dos sentidos:

---

<sup>3</sup> Decreto legislativo n° 56, de fecha 6 de julio de 2000, publicado en el *Diario Oficial* n° 128, t. 348, 10 de julio de 2000. El texto dice:

“El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas.

”La extradición será regulada de acuerdo a los Tratados Internacionales y cuando se trate de salvadoreños, sólo procederá si el correspondiente tratado expresamente lo establece y haya sido aprobado por el Órgano Legislativo de los países suscriptores. En todo caso, sus estipulaciones deberán consagrar el principio de reciprocidad y otorgar a los salvadoreños todas las garantías penales y procesales que esta Constitución establezca.

”La extradición procederá cuando el delito haya sido cometido en la jurisdicción territorial del país solicitante, salvo cuando se trate de los delitos de trascendencia internacional, y no podrá estipularse en ningún caso por delitos políticos, aunque por consecuencia de estos resultaren delitos comunes.

”La ratificación de los Tratados de Extradición requerirá los dos tercios de votos de los diputados electos”.

<sup>4</sup> Entre julio de 1998 y octubre de 2001 se modificaron 112 artículos del Código Penal, 75 del Código Procesal Penal y 7 de la Ley Penitenciaria. Véase Jaime Martínez Ventura y Xochitl Marchelly, *Reforma penal y acuerdos de paz*, FESPAD, 2002, p. 6.

- a) De acuerdo con el artículo 144 de la Constitución de la República, todo tratado debe ser suscrito en el plano internacional y luego ratificado por la Asamblea Legislativa, para que pueda tener el carácter de ley (sistema dualista). Este tratado se vuelve una ley especial, ya que en caso de conflicto entre el tratado y la ley secundaria prevalece el primero.
- b) El artículo 246 de la Constitución contempla que esta prevalecerá sobre todas las leyes del país. Debido a que el tratado se vuelve una ley, se legitima la supremacía constitucional y su prevalencia con respecto a los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador.<sup>5,6</sup>

## I. Genocidio

La legislación interna contempla, en la parte especial del Código Penal (CP), un tipo penal especial denominado *genocidio* (artículo 361).<sup>7</sup>

La redacción típica del artículo que contempla el genocidio en el CP presenta algunas diferencias con respecto al Estatuto de Roma, la Convención sobre Genoci-

---

<sup>5</sup> La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de inconstitucionalidad del 26 de septiembre de 2000, expediente n° 24-97, sobre la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993, manifestó que en El Salvador no existe el bloque de constitucionalidad.

<sup>6</sup>No obstante la supremacía constitucional, debe tenerse presente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, aunque no ha sido ratificada por El Salvador, es obligatoria de acuerdo con el artículo 38 literales *c* y *d* del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Una decisión judicial sobre la imposibilidad de invocar la normativa interna como excusa de incumplir un tratado internacional fue la pronunciada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en los siguientes términos: “Sin embargo, debe observarse que, si, por una parte, conforme a los principios generales admitidos, un Estado no puede prevalerse respecto de otro de las disposiciones constitucionales de este último, sino únicamente del derecho internacional de los compromisos internacionales válidamente contraídos, de otra parte, por el contrario, un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le imponen el Derecho internacional o los tratados en vigor” (asunto relativo al tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig, opinión consultiva de 4 de febrero de 1932 [TPJI, serie A/B, n° 44, p. 24]).

<sup>7</sup>El texto dice:

“El que con el propósito de destruir parcial o totalmente un determinado grupo humano, por razón de su nacionalidad, raza o religión, cometiere homicidios u ocasionare daños corporales o psíquicos a miembros del grupo o los sometiere a condiciones que hicieren difícil su subsistencia o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción o realizare el desplazamiento violento de personas hacia otros grupos, será sancionado con prisión de diez a veinticinco años.

”La sanción podrá aumentarse hasta treinta años si el directamente responsable de cualquier acto de genocidio fuere un funcionario civil o militar.

”La proposición y la conspiración para actos de genocidio, serán sancionadas con prisión de seis a doce años; y la incitación pública para cometer genocidio, será sancionada con prisión de cuatro a ocho años”.

dio<sup>8</sup> y el Código Penal Internacional alemán (CPIA) del 26 de junio de 2002. Teniendo en cuenta que el artículo 6 del Estatuto de Roma y el artículo 6 del CPIA reproducen casi literalmente el texto del artículo II de la Convención sobre Genocidio,<sup>9</sup> las diferencias entre estas disposiciones y el CP en la configuración típica son:

- a) el CP salvadoreño no contempla a los grupos étnicos;
- b) a diferencia del Estatuto, la Convención sobre Genocidio y el CPIA, el CP establece como parte del tipo el *desplazamiento* violento de personas de cualquier edad hacia otros grupos.

De esto se desprende que la fuente jurídica en que se apoya la punibilidad se retoma de la parte especial del CP que incluye el tipo penal especial denominado genocidio, y, aunque la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio es ley de la República, sus disposiciones quedan fuera de la regulación y sanción de las conductas genocidas.

Un vistazo a la penalidad del genocidio es necesario para resaltar la importancia que se le atribuye al combate de este tipo de delitos en el plano nacional. La sanción puede variar de la siguiente forma:

- de diez a veinte años de prisión el tipo penal básico;
- hasta treinta años de prisión si el sujeto activo es funcionario civil o militar;
- de cuatro a ocho años para la proposición y conspiración en actos de genocidio;
- de cuatro a ocho años la incitación pública para cometer genocidio.

A pesar de la envergadura de este tipo de delitos en el plano internacional, en El Salvador se pena con la misma severidad la proposición y conspiración de los delitos de secuestro. Para este supuesto la ley contempla una pena de diez a veinte años de prisión, es decir, igual que el tipo básico del genocidio. Por otro lado, cabe mencionar que actualmente, luego de constantes reformas, la pena máxima en El Salvador es de setenta y cinco años (artículo 45 del CP), aplicable al concurso real de delitos.

## II. *Crímenes contra la humanidad*

En la legislación nacional no existe un tipo penal que describa y sancione el delito de crímenes de lesa humanidad como lo establece el artículo 7 del Estatuto y el artículo 7 del CPIA, en cuanto a la comisión de ciertas acciones en el marco de un *ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de*

---

<sup>8</sup> El Salvador es parte de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio. Su ratificación está documentada en el *Diario Oficial* n° 193, t. 149, de 5 de septiembre de 1980.

<sup>9</sup> Aunque el artículo 6 del CPIA modifica un poco al remitirse al artículo 226 del Código Penal alemán y también establece una pena.

*este* —o sin él en el CPIA—, no obstante el CP contiene en el título XIX el capítulo único denominado “Delitos contra la Humanidad”.<sup>10</sup>

A pesar de este vacío, sí podría abarcarse cada una de las acciones descritas en el tipo penal del Estatuto y del CPIA, pero como parte de los delitos cometidos por la “criminalidad cotidiana”, que en todo caso y debido a que faltan los elementos precisos de la tipificación del delito, no es lo mismo. Estos son, a saber:

**CUADRO 1. Comparación de las disposiciones que regulan el delito de *crimen de lesa humanidad* en el Estatuto de Roma, el CPIA y el CP salvadoreño**

Estatuto, artículo 7.1	CPIA, artículo 7	CP salvadoreño
<i>a</i>	1	Artículo 128
<i>b</i>	2	Artículo 129, números 7 y 8
<i>c</i>	3	Artículo 367
<i>d</i>	4	Artículo 362 y 363
<i>e</i>	9	Artículos 148 y 290
<i>f</i>	5-8	Artículo 297
<i>g</i>	6	Artículos 140, 158-173
<i>h</i>	10	Artículo 292
<i>i</i>	7	Artículos 364-366
<i>j</i>	Inciso 5	— <sup>11</sup>
<i>k</i>	?	? <sup>12</sup>

En el cuadro 1 se ha tratado de establecer una correlación entre el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, el artículo 7 del CPIA y diversos artículos del CP que podrían apegarse a las situaciones establecidas en los dos primeros instrumentos. Así, en la columna del Estatuto se establecen los literales contenidos en su artículo 7; lo mismo sucede con la columna del CPIA, y por último se presentan los artículos del CP<sup>13</sup> que

<sup>10</sup> Los delitos contenidos en este capítulo distan mucho de adecuarse a los preceptuado en el Estatuto de Roma.

<sup>11</sup> El crimen de *apartheid* no está contemplado en la legislación penal salvadoreña, ni como delito autónomo ni como una figura dependiente que incorpore la exigencia del *apartheid*, no obstante El Salvador ha suscrito y ratificado la Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (acuerdo ejecutivo n° 45 de 13 de noviembre de 1979; decreto legislativo n° 1 de 15 de octubre de 1979, publicado en el *Diario Oficial* n° 191, t. 265, de 1979).

<sup>12</sup> Hemos utilizado este signo ya que el Estatuto de Roma no precisa cuáles pueden ser estas conductas.

<sup>13</sup> Para efectos ilustrativos se anexan todas las disposiciones al final del documento respondiendo al orden de la tabla.

retoman de alguna manera la figuras correspondientes a los literales del artículo 7 del Estatuto y del artículo 7 del CPIA.

Si se realiza un balance de los delitos contemplados en el CP cuya descripción penal sea similar a los delitos de lesa humanidad descritos en el Estatuto de Roma o en el CPIA, se advierte que solo están incluidos el delito de tortura y la desaparición forzada de personas (pero sin el elemento *ataque generalizado o sistemático contra una población civil*); por lo demás, no existen figuras que se adecuen a lo exigido en el Estatuto o en el CPIA.

En este sentido, desde ya puede adelantarse que existe un gran déficit en cuanto a la persecución penal nacional de crímenes internacionales.

### III. Crímenes de guerra

El Salvador es suscriptor de diferentes tratados internacionales sobre la guerra, entre los cuales figuran los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>14</sup> y sus dos protocolos.

Si bien existen algunas disposiciones en la legislación nacional que de alguna manera se apegan a la tipología de los crímenes de guerra establecidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma, es mucho más grande el vacío que resta.

Bien o mal, los delitos que existen están contemplados tanto en el Código Penal como en el Código de Justicia Militar (CJM).<sup>15</sup> Estos delitos son:

1. Violación de las leyes o costumbres de guerra (artículo 362 del CP). El artículo reza:

El que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de guerra o de cualquier manera ocasionare daños psíquicos o corporales, deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

Como se desprende de tal disposición, el artículo se aplica a conductas realizadas en una guerra de carácter internacional o civil, y tanto a la parte contenida en el párrafo 2 literales *a* y *b*, como *c* y *e* del artículo 8 del Estatuto de Roma.

El artículo citado establece un tipo penal en blanco que se remite a otras leyes y a la costumbre de guerra como complementos de la descripción del tipo objetivo. En diversas ocasiones se ha sostenido que esta disposición puede ser inconstitucional, pues tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional son congruentes en sostener

---

<sup>14</sup>Los cuatro convenios de Ginebra fueron ratificados por decreto legislativo n° 942, de fecha 24 de marzo de 1953, publicado en el *Diario Oficial* n° 66, t. 159, 15 de abril de 1953. Los protocolos fueron ratificados en julio de 1978.

<sup>15</sup>Decreto legislativo n° 562, de fecha 5 de mayo de 1964, publicado en el *Diario Oficial* n° 97, t. 203, 29 de mayo de 1964.

que el principio de legalidad en materia penal excluye como fuente de sanción a la costumbre.

Creemos que la disposición del Código Penal es válida en tanto la remisión a la costumbre de guerra sea la contenida en la Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de Guerra Terrestres de 1907 y su respectivo reglamento, que ha sido ratificado por El Salvador.<sup>16</sup> Este es uno de los únicos artículos —si no el único— que completa el tipo penal objetivo en un tratado internacional.

Siendo la *violación de las leyes o costumbres de guerra* un delito de resultado, el artículo exige que como consecuencia de la transgresión a esas leyes o costumbres de guerra se cause:

- daños psíquicos o corporales;
  - deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado;
  - maltrato de prisioneros de guerra;
  - muerte de rehenes;
  - saqueo de la propiedad privada o pública; o
  - destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares.
2. Violación de los deberes de humanidad (artículo 363).<sup>17</sup> Esta disposición establece que la persona que no estuviere en las filas militares y contrariare lo dispuesto en convenios internacionales o leyes nacionales que de una u otra forma protejan a prisioneros o rehenes y heridos en una guerra, o los que estuvieren en hospitales o en lugares de heridos o cuando se realizare un acto, de cualquier tipo, que sea considerado como inhumano contra la población civil, cometerá el delito en comento cuando los actos fueran realizados en el marco de una guerra, sin importar su índole o trascendencia.

Si bien esta disposición pretende brindar protección especial a las personas referidas, su redacción hace pensar que existe la posibilidad de que en una guerra se tomen rehenes, lo cual contraría el romano viii del párrafo 2, letra *a*, del artículo 8 del Estatuto de Roma, en el sentido de que declara como crimen de guerra la toma de rehenes.

3. En el Código de Justicia Militar se sancionan otras de las conductas establecidas en el Estatuto de Roma en relación con los cuatro Convenios de Gine-

---

<sup>16</sup> Decreto legislativo del 7 de mayo de 1908, publicado en el *Diario Oficial* n° 131, t. 64, 6 de junio de 1908.

<sup>17</sup>“El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y el que cometiere cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra, será sancionado con prisión de cinco a veinte años”.

bra y sus dos protocolos. En algunos casos, las conductas punibles pueden caber en un tipo contemplado tanto en el CP como en el CJM. Respecto a ello debe dirigirse la atención al sujeto activo, pues en el CP el delito puede cometerlo cualquier persona, mientras que en el CJM, solo militares.

Para efectos ilustrativos transcribimos las partes del artículo 8 del Estatuto de Roma que contemplan modalidades de crímenes de guerra y las correspondientes disposiciones del CJM que se asemejan y las sancionan.

a. Artículo 8.2, iv (Estatuto de Roma):

- iv. Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

Algunos artículos del Código de Justicia Militar<sup>18</sup> recogen las situaciones expresadas en la referida disposición del Estatuto de Roma y, en esencia, creemos que el CJM sigue dicha prohibición, pues el fin es evitar que se genere un daño material innecesariamente. Por otro lado, el CJM difiere del Estatuto de Roma en que omite el requisito de la *gran escala*. En el CJM tampoco se agregó lo ilícito o arbitrario de la conducta, pues una acción contraria, lícita, es una causa que excluye la responsabilidad penal.

b. Artículo 8.2, v (Estatuto de Roma):

- v. Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga.

El artículo 69 del CJM establece que incurrirá en la pena de reclusión de diez a quince años el militar que en tiempo de guerra cometa cualquiera de los actos siguientes:

- 1°. Obligue a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los maltrate de obra, los injurie gravemente o no suministre curación o alimentos necesarios pudiendo hacerlo.

---

<sup>18</sup> Estos artículos son:

Artículo 68: “Incurrirá en la pena de reclusión de quince a veinte años, el militar que en tiempo de guerra internacional o civil, sin exigirlo las operaciones de guerra, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades o saquee a los habitantes de poblados o del campo o cometa actos de violencia en las personas”.

Artículo 69: “Incurrirá en la pena de reclusión de diez a quince años, el militar que en tiempo de guerra cometa cualquiera de los actos siguientes: [...]

”2°. Ataque directamente y sin necesidad hospitales, personal y equipo de la Cruz Roja, centros de beneficencia, buques, aeronaves o medios de transporte dedicados a idénticos fines, siempre que estén protegidos por los signos establecidos para su identificación;

”3°. Destruya, en territorio amigo o enemigo, templos, bibliotecas, museos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráfica o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de la guerra”.

Artículo 70: “Incurrirá en la pena de reclusión de cinco a diez años, el militar que despoje de sus vestidos u otras prendas personales a un herido o a un prisionero de guerra para apropiárselos”.

Artículo 72: “El Oficial que no ponga todos los medios que estén a su alcance para evitar que sus subalternos comenten actos de devastación, saqueo o pillaje de que trata este capítulo, incurrirá en la pena de reclusión de cinco a diez años”.

Además de estas disposiciones, los delitos descritos en el artículo 8 del Estatuto de Roma también pueden ser sancionados tanto en ocasión de guerra internacional como interna mediante los delitos que comete la criminalidad cotidiana, como, por ejemplo, homicidio, lesiones, coacción, etc., aunque sin tener la misma cualificación por los elementos especiales del tipo que exige el Estatuto de Roma.

#### **IV. Crimen de agresión**

Aunque en el Estatuto de Roma aún no se han determinado las conductas que se incluirán en el delito de agresión, puede tomarse como referencia la resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974. En esa ocasión se definió la agresión<sup>19</sup> como el “uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

En la legislación salvadoreña se encuentra la figura denominada “Provocación de guerra, represalias o enemistad internacional”, contemplada en el artículo 354<sup>20</sup> del CP. En su descripción, la conducta del sujeto activo en el Estado salvadoreño (reclutamiento u otro acto de hostigamiento) debe tener un direccionamiento exterior, es decir, que en todo caso se pretenda realizar conductas hostiles para otro Estado. El delito puede consumarse con o sin el advenimiento de una guerra. La consecuencia de dicha conducta también puede ser el desbaratamiento de las relaciones internacionales, o el resquebrajamiento de la amistad con otros países, o la puesta en peligro de nacionales salvadoreños en territorios de otros Estados debido a represalias contra ellos.

Si bien en apariencia estas conductas encajan en el delito de agresión, en verdad no creemos que se responda a la exigencia de dicha figura. Y es que de la misma redacción se extrae que los actos hostiles no contarían con el asentimiento del Estado salvadoreño, sino que, quizás en un principio, solo se tendría la apariencia de asenti-

---

<sup>19</sup> Entre los actos que figuran en la resolución como agresión están: invasión o ataque armado a otro Estado; bombardeo o empleo de cualquier otra arma; bloqueo de puertos o costas; utilización ilegítima de fuerzas armadas asentadas provisoriamente en el territorio de otro Estado; permitir el uso del territorio de su Estado a fin de agredir a otro; envío de bandas armadas, etc. Así: Waldo Villalpando, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 338-339.

<sup>20</sup> El artículo dice:

“El que realizare en territorio salvadoreño reclutamiento u otro acto hostil contra un Estado extranjero de modo que expandiere al Estado salvadoreño el peligro de una guerra, será sancionado con prisión de cinco a diez años y si la guerra sobreviniere, con prisión de diez a quince años.

”Si los actos previstos en el inciso anterior dieren lugar a una perturbación de las relaciones amistosas del gobierno salvadoreño con un gobierno extranjero o a una grave perturbación del orden interno del país o expusieren al Estado de El Salvador, a sus habitantes o a los salvadoreños residentes en el extranjero, al peligro de represalias o actos de hostilidad o de vejación, la prisión será de tres a siete años; y si se siguiere la ruptura de relaciones diplomáticas o se efectuaren las represalias o actos de hostilidad o vejación, la sanción será de cinco a doce años de prisión”.

miento por provenir la agresión del Estado salvadoreño. Los Estados están en la obligación de ratificar sus actuaciones frente a otros Estados.<sup>21</sup> En este caso la idea es que el Estado salvadoreño no ratifica dichas acciones, pues el artículo 354 deja expresamente claro que la sanción se dirige a quien realizare actos hostiles contra otros Estados generando la apariencia de que fueron realizados por El Salvador cuando en verdad no es así. Aquí faltaría el elemento principal de la agresión, ya que el ataque debe ser de un Estado hacia otro.

Una situación similar es descrita en el artículo 67<sup>22</sup> del CJM. En este caso es un militar el que realiza actos de hostilidad contra una nación extranjera y sobreviene la guerra o se violenta tregua o armisticio.

#### V. *Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional*

En el título XX del CP se contempla un capítulo único que se denomina “Delitos de carácter internacional”. Entre estos se encuentran:

1. Piratería (artículo 368).<sup>23</sup> Los redactores del *Código Penal comentado* han sostenido que el artículo que contiene el delito de piratería es criticable por

---

<sup>21</sup> En la cuestión sobre la explosión de bombas en el Alto Adigio (Italia), el Gobierno italiano envió una comunicación verbal al Gobierno austriaco en la que se acusaba a Austria de haber violado sus obligaciones internacionales al permitir que terroristas preparasen atentados en el territorio de ese país. En ese momento Italia afirmó que la jurisprudencia y la práctica internacionales establecían claramente la obligación de todo Estado de impedir que su territorio sea utilizado para organizar actos perjudiciales para otros Estados. Véase Julio D. González Campos et al., *Materiales prácticos de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 269.

<sup>22</sup> Dice el artículo:

“Incurrirá en la pena de reclusión de quince a veinte años, el militar que ejecute actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera, siempre que de ello sobreviniere la guerra; o viole tregua, armisticio, capitulación, u otro convenio celebrado con el enemigo, siempre que de sus actos sobreviniere continuación de la guerra o se produjeren violencias o represalias. En los demás casos la pena será de reclusión de cinco a diez años”.

<sup>23</sup> El artículo reza:

“Será sancionado con prisión de cinco a quince años:

”1) El que cometiere en alta mar, en el mar adyacente o en la plataforma continental, actos depredatorios o violentos contra una nave o contra personas o cosas que en ella se encontraren;

”2) El que se apoderare de alguna nave o de lo que perteneciere a su equipo, carga o equipaje, por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante;

”3) El que, por cuenta propia o ajena, equipare una nave destinada a la piratería; y,

”4) El que con violencia desviare una nave o la hiciere desviar a lugar diferente de su destino.

”El que a sabiendas comerciare con piratas o les suministrare auxilio, será considerado como coautor.

”Si por los actos de violencia u hostilidad mencionados anteriormente se ocasionare la muerte de alguna persona que se encontrare en la nave atacada o dichos actos tuvieren por objeto exigir rescate, la sanción se aumentará hasta con la mitad del máximo señalado”.

cuanto en él no se sancionan como actos de piratería las depredaciones y actos violentos realizados en tierra por piratas, cuando una de las más tradicionales acciones de esta clase han sido, precisamente, los ataques desde el mar contra las poblaciones costeras o las ubicadas en las márgenes fluviales; de igual modo, se debe criticar que no se prevea la piratería fluvial.<sup>24</sup>

2. Piratería aérea (artículo 369).<sup>25</sup> La única diferencia entre el delito contenido en el artículo 368 y el contemplado en el 369 es el lugar donde se cometen las conductas disvaliosas, pues el último requiere que el tipo se realice en una aeronave. Consideramos que tal delito pudo haberse incorporado en el de piratería, pues el término *nave* de los numerales 2 y 4 del artículo 368 no limita la comprensión a las naves marítimas y bien podrían haberse incluido la aéreas, con el solo añadido de una conjunción: “naves marítimas o aéreas”.
3. Organizaciones internacionales delictivas (artículo 370). Este artículo reza:

Los que dirigieren o formaren parte de organizaciones de carácter internacional, dedicadas a traficar con esclavos, al comercio de personas o realizaren actos de piratería aérea o infringieren disposiciones de los tratados aprobados por El Salvador para proteger los derechos humanos, serán sancionados con prisión de cinco a quince años.

Los autores del *Código Penal de El Salvador comentado* realizan algunas observaciones a este precepto, aunque quizá no profundizaron lo suficiente.

En primer lugar sostienen que la redacción “presenta dificultades cuando castiga a los que ‘realizaren actos de piratería aérea’”, ya que repite el contenido del artículo antes comentado. Para ellos, la única interpretación posible sería entender que el tipo se refiere a los “que realizaren actos de piratería aérea”,<sup>26</sup> de lo contrario la descripción del tipo en esos términos sería innecesaria.

Concordamos con esta postura, pues de la redacción típica del mismo artículo se desprende que la intención del legislador fue crear un delito de mera actividad, configurándose la conducta cuando el “giro normal” de la organización sea la realización del tráfico de esclavos, el comercio de personas o la piratería aérea, sin necesidad de que exista un resultado específico, como sucede en los dos artículos citados. De lo contrario, ¿qué sentido tendría volver a incluir los actos de piratería aérea?

Pero mayor dificultad se encuentra cuando el artículo dice “o infringieren disposiciones de los tratados aprobados”. El verbo *infringieren* da la idea de una acción cierta que conduzca a un resultado, pero la redacción total del artículo presupone mera actividad, con lo que se vuelve difícil comprender si lo que se quiso fue que bastara la infrac-

---

<sup>24</sup> Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador comentado*, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador, 1999, p. 915.

<sup>25</sup> Se aplicará la misma sanción establecida para los casos previstos en los números 2 y 4 del artículo anterior, cuando los hechos se realizaren en aeronaves, ya sea dentro del espacio aéreo nacional o fuera de él.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 918.

ción usual de los tratados sobre derechos humanos o que efectivamente existiera una transgresión específica a ellos. La importancia de este problema radica en que se podría sancionar a una persona por el solo hecho de pertenecer a una asociación de este tipo, aunque nunca hubiera participado en las conductas prohibidas.

Además, este artículo es interesante pues también remite expresamente a los tratados sobre derechos humanos. A diferencia del artículo 362 del CP, ya comentado, el 370 no completa su tipo penal en el tratado sino que condiciona el resultado a la transgresión de los instrumentos de protección a los derechos humanos.

### C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

#### I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

Los principios de conexión que contempla el CP son:

- a) principio de territorialidad (artículo 8),<sup>27</sup>
- b) principio personal o de nacionalidad (artículo 9),<sup>28</sup>
- c) principio de universalidad (artículo 10).<sup>29</sup>

#### *Aspectos generales sobre los principios*

El *principio de territorialidad* permite que un hecho sea punido cuando su ejecución haya sido cometida —completamente o solo una parte— en el territorio nacional. El artículo también contempla la aplicación de la ley penal salvadoreña en territorio ficto.

En cuanto al *principio personal*, en su número 1 el artículo establece la potestad de juzgar a los salvadoreños al servicio del Estado que cometan ilícitos en otros Estados en los cuales no puedan ser juzgados por motivo de inmunidades provenientes de su cargo. En el número 2 se prevé el principio de personalidad activa, ya que se sanciona al salvadoreño que cometa un delito fuera del territorio nacional. En el número 3 se contemplan dos situaciones. La primera refiere al juzgamiento de naciona-

<sup>27</sup> La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

<sup>28</sup> También se aplicará la ley penal salvadoreña:

“1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo;

”2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado; y,

”3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños”.

<sup>29</sup> También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente.

les que hayan cometido delitos en el extranjero, cuando se deniegue la extradición por virtud de la nacionalidad (jurisdicción penal sustitutoria). Cabe señalar que este artículo era el reflejo del artículo 28 de la Constitución, que prohibía absolutamente la extradición de salvadoreños; pero, luego de la reforma ya apuntada, la extradición de salvadoreños puede estipularse en razón de un tratado. La segunda situación hace referencia al principio real o de defensa en cuanto se aplica la ley penal a extranjeros que hayan cometido delitos contra bienes jurídicos salvadoreños.

El CP no contempla el *principio de personalidad pasiva* (cuando la víctima fuera nacional del Estado).

El artículo 10 del CP introduce el *principio de justicia universal* de forma ilimitada, por cuanto no contempla ninguna restricción, espacial ni temporal.<sup>30</sup> Además, extiende a la jurisdicción salvadoreña el conocimiento de aquellas conductas que violenten tratados o normas del derecho internacional o sean un atentado contra los derechos humanos de reconocimiento universal. La verdad es que la regulación es bastante amplia.

Al realizar una valoración de los principios aquí establecidos, se puede advertir que estos rigen para los crímenes internacionales contemplados en la legislación salvadoreña o en la legislación internacional, siempre que exista un correlato interno que complemente su punibilidad. En el caso de los principios de nacionalidad y universalidad contenidos en los literales *b* y *c* se aplican a los delitos cometidos fuera del territorio salvadoreño.

Todas estas disposiciones están consagradas exclusivamente en el derecho penal sustantivo y definen la jurisdicción del Estado sobre un sujeto determinado (competencia de forma abstracta); pero por otro lado se encuentran las disposiciones contenidas en la parte adjetiva que individualizan qué juez será el competente para la tramitación del proceso (competencia de forma concreta). En ese sentido el Código Procesal Penal salvadoreño (CPP) enuncia los criterios de competencia, que comprenden criterios de extensión (artículo 48)<sup>31</sup> y reglas subsidiarias (artículo 60)<sup>32</sup> para la deter-

<sup>30</sup> La restricción temporal que naturalmente ha de aplicarse es la entrada en vigencia del Código Penal (20 de abril de 1998).

<sup>31</sup> Se transcribe lo pertinente del artículo:

“Extensión.

”Artículo 48. La competencia penal se ejercerá por los tribunales y jueces de la República y estarán sometidos a ella los nacionales y los extranjeros.

”La competencia se extenderá:

”1) Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional; y,

”2) Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal”.

<sup>32</sup> Reglas subsidiarias.

“Artículo 60. Si es desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, conocerá el juez a prevención.

minación del lugar preciso donde será juzgado un individuo, aun cuando el hecho haya sido cometido en territorio extranjero.

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

El sistema de persecución penal salvadoreño encuentra su base constitucional en el artículo 193 numeral 6° de la Constitución de la República, al establecer que “corresponde al Fiscal General de la República promover la acción penal de oficio o a petición de parte”.

Por otro lado, el artículo 20 del CPP contempla la oportunidad de la acción pública solo, como dice el acápite, para los delitos de acción pública. En estos supuestos el fiscal del caso podrá solicitar al juez que se prescinda de la acción penal contra todos o algunos de los imputados o que se limite la persecución a una o algunas de las calificaciones jurídicas, siempre que, entre otras, el delito fuera insignificante, el imputado hubiese intentado impedir el resultado o cuando el mismo imputado sufra una consecuencia directa de su hecho.

Además de la aplicación de este criterio también pueden utilizarse otras formas que finalizan anticipadamente el proceso, como por ejemplo:

- Suspensión condicional del procedimiento (artículo 22 del CPP). El proceso se suspende por un tiempo determinado, siempre y cuando se cumpla con algunas condiciones personales del imputado o propias del delito.
- Conciliación. Según el artículo 32 del CPP, la conciliación entre el imputado y la víctima extingue la acción penal, cuando se trate de los delitos siguientes:
  1. delitos contra el patrimonio o de contenido patrimonial,
  2. homicidio culposo,
  3. lesiones comprendidas en los artículos 142 y 146 del Código Penal,<sup>33</sup>
  4. delitos de acción pública previa instancia particular,<sup>34</sup>

---

”Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos.

”En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

”En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho”.

<sup>33</sup> El artículo 142 contempla el delito de *lesiones* y el artículo 146, *lesiones culposas*.

<sup>34</sup> Estos delitos son: lesiones comprendidas en el artículo 142 del Código Penal, lesiones culposas, amenazas, inseminación artificial y experimentación, apropiación o retención indebidas y administración fraudulenta, hurto de uso, usurpaciones, daños, delitos relativos a la propiedad intelectual y delitos relativos a la propiedad industrial (artículo 26 del CPP).

5. delitos sancionados con pena no privativa de libertad, y
6. delitos menos graves.<sup>35</sup>

Además, el mismo artículo establece que no pueden conciliarse los delitos cometidos por reincidentes, habituales o los que hayan conciliado delitos dolosos de los que trata este artículo durante los últimos cinco años. Tampoco pueden conciliarse los delitos de hurto agravado, robo, robo agravado, extorsión, privación de libertad y secuestro. Dado que la posibilidad de conciliar delitos se taxativizó por el legislador en esta disposición, no se ve la posibilidad de conciliar algún tipo de delito de los que se ha tratado en esta investigación.

Como se puede constatar, rige en todo lo expuesto el principio de oportunidad de manera reglada. En ningún momento se establece diferencia entre delitos de carácter nacional y delitos de carácter internacional o transnacional, ni se hace diferencia en la aplicación del criterio de oportunidad debido a la nacionalidad del sujeto activo.

#### **D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

##### ***I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma***

La Constitución salvadoreña establece que uno de los presupuestos necesarios para destruir la presunción de inocencia de una persona es comprobar su *culpabilidad* (artículo 12). De este hecho se deduce que al reconocer la culpabilidad se acepta que las personas tienen la capacidad de dirigir sus conductas hacia determinado fin. A partir de este razonamiento, la doctrina salvadoreña es congruente en manifestar que el Código Penal se nutre de la teoría finalista del derecho penal, aunque con algunos matices de la teoría funcionalista.

El artículo 4 del CP desarrolla dicho precepto constitucional presuponiendo que en la realización de las conductas disvaliosas debe existir dolo o culpa, y en consecuencia prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva.

Ahora bien, en cuanto al tipo de dolo que se requiere para la configuración del delito, la jurisprudencia es congruente en aceptar las diferentes formas del dolo, es decir, directo, de consecuencias necesarias y eventual —aunque la aplicación de este último se ha dado mayormente para los accidentes de tránsito.

Por otro lado, del mismo artículo 4 se desprende la existencia del delito imprudente. Lo especial de este es que será aplicado solo cuando la misma ley así lo disponga (artículo 18 del CP). Cabe mencionar que para el caso de los “delitos contra la humanidad” y los “delitos de carácter internacional” contenidos en el CP no se aceptan delitos culposos, excepto la *desaparición de personas permitida culposamente* (artículo 366). El Estatuto

---

<sup>35</sup> Los delitos menos graves son aquellos cuyo límite máximo de pena no excede de tres años de prisión (artículo 18 del CP).

de Roma establece similares condiciones para la comisión de los delitos, aunque la regla general es el dolo (el artículo 30 del Estatuto requiere el conocimiento y la voluntad, pero el numeral primero permite inferir ciertas excepciones).

El Código Penal acepta que la persona pueda obrar incurriendo en error, aunque no contempla el error igual que lo hace el Estatuto de Roma (artículo 32), sino atendiendo al error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal (error de tipo) y al error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (error de prohibición).<sup>36</sup> En ambos tipos de error, si fuera invencible, excluye de la responsabilidad penal, pero si fuere vencible, en el error de tipo, la conducta es sancionada como culposa, y en el error de prohibición, la sanción se atenúa (artículos 28 y 69 del CP).

De acuerdo con el CP, los delitos por su grado de ejecución pueden ser consumados o imperfectos o tentados. El artículo 24 reza:

Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente.

La penalidad para el delito imperfecto o tentado conforme al artículo 68 del CP se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada para el delito consumado.

Se aceptan diferentes modalidades de la tentativa, es decir, idónea o inidónea y acabada o inacabada.

El artículo 25 del CP establece:

No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo por falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto.

Por su parte el artículo 26 reza:

No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado.

De la lectura integral del artículo 25 del Estatuto se desprende la idea de que el CP se adapta a dicho instrumento internacional en lo referente a la tentativa.

En la transgresión de las normas penales se acepta la concurrencia de autores y partícipes. Aquí se enumeran, se define qué debe entenderse por tales y, además, cómo se responsabilizan. En principio, el artículo 32 del CP prescribe que los responsables penalmente son los autores. El CP los clasifica como directos y mediatos. Son

---

<sup>36</sup> Algunas personas se han preguntado si el error de prohibición podría ser inconstitucional, pues la Constitución, en el artículo 140, establece que la ley es de obligatorio cumplimiento. No nos queremos extender en este asunto, para lo cual dejaremos planteado que la solución de esta interrogante debe analizarse a la luz del principio de culpabilidad ligado con las obligaciones del Estado, específicamente en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

autores directos o coautores, según el artículo 34, los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometan el delito; en cambio, los autores mediatos son quienes cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. En la realización de los hechos punibles también se admite la figura de los instigadores<sup>37</sup> y los cómplices.<sup>38</sup>

Es interesante señalar que en el caso de los cómplices existe un excluyente de responsabilidad en los supuestos de delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión. Aquí las personas que, en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa no serán punidas.

De una forma general, el artículo 25 del Estatuto permite constatar que el CP es compatible con él en cuanto a la autoría y la participación.

En El Salvador, la penalidad de los autores, coautores, autores mediatos e instigadores de un delito o falta será la que en cada caso se halle señalada en la ley, de acuerdo con el artículo 65 del CP. Por su parte, el artículo 66, que comprende la penalidad de los cómplices, supone que la pena del cómplice en el caso del numeral 1 del artículo 36 del CP se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena. En el caso del numeral 2, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo, pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

Respecto a las modalidades de cometer los delitos, la infracción de la ley puede ser por acción o por omisión (artículos 19 y 20). De esta última, el CP contempla en la parte especial tres tipos de delitos omisivos:

- a) delitos de omisión propia, que están contemplados en la ley y no requieren un resultado sino una actividad determinada (falta de actividad);
- b) delitos de omisión con resultado, que están contemplados en la ley y requieren un resultado;
- c) delitos de omisión impropia o comisión por omisión, que no están contemplados en la ley y requieren un resultado (se forman con una cláusula de imputación y requieren una condición especial del sujeto activo denominada *posición de garante*).

Un aspecto que no puede dejarse de lado es el de la responsabilidad de los superiores jerárquicos, debido a que en el derecho internacional penal ha cobrado importancia con el desarrollo de la teoría de la *responsabilidad de mando* (*command responsibility*), que en nuestra legislación se ve reflejada, aunque muy pobremente.<sup>39</sup> En

---

<sup>37</sup> El artículo 35 del CP define a los instigadores como aquellas personas que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito.

<sup>38</sup> Los cómplices están regulados en el artículo 36 del CP.

<sup>39</sup> En materia civil, el artículo 2076 del Código Civil permite de cierta forma responsabilizar a un superior jerárquico por los ilícitos realizados por sus subordinados.

materia penal, el artículo 73 del CJM contempla responsabilidad penal al superior jerárquico en los términos siguientes:

El Oficial que no ponga todos los medios que estén a su alcance para evitar que su subalternos cometan actos de devastación, saqueo o pillaje de que se trata este capítulo,<sup>40</sup> incurrirá en la pena de reclusión de cinco a diez años.

Una valoración de la legislación salvadoreña a la luz del artículo 28 del Estatuto pone de manifiesto el vacío existente en El Salvador en cuanto a la responsabilidad de mando. Para suplir estas deficiencias, en un caso determinado, podría imputarse a los mandos respectivos la comisión de ciertos hechos a través de la figura de *omisión impropia*, aunque obviamente sin los requerimientos específicos que la figura de la *command responsibility* exige.

Aunque se haya incurrido en acciones descritas en la ley como delito, el Código Penal, en el artículo 27, recoge ciertas situaciones que llevarán al autor de los hechos a ser exonerado de sanción. Entre estas figuras están:

- El actuar u omitir en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita. En puridad, la disposición no se refiere al cumplimiento de órdenes, aunque podría caber una interpretación a favor de las órdenes si estas fueran reflejo de deberes legales o del ejercicio de potestades habilitadas legalmente.
- Otra causal de exclusión de la responsabilidad penal en el CP es la legítima defensa (artículo 27.2). Quien actúa u omite debe hacerlo en defensa de su persona o de otra, de sus derechos o de los derechos de esta otra. En todo caso se exige que la agresión sea ilegal, que exista necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla y que esa agresión no haya sido provocada por quien ejerce la defensa.
- El estado de necesidad también es una excluyente de responsabilidad, como dispone el artículo 27 número 3 del CP, para quien

actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo.

La jurisdicción militar contempla el estado de necesidad cuando se esté en acción de guerra internacional o cumplimiento de misión militar y el sujeto se encuentre privado de medios de subsistencia para sí o sus tropas, con lo que quedará habilitado para apoderarse “de las cosas ajenas, aun sin el consentimiento del dueño, para satisfacer tales necesidades, siempre que dichas cosas no excedan de las estrictamente necesarias” (artículo 3 del CJM).

---

<sup>40</sup> El capítulo al que se hace referencia es el III, título I, libro II del Código de Justicia Militar, denominado “Delitos contra el derecho de gente, de devastación, de saqueo y de sabotaje”, pero como tal el capítulo es muy corto.

Otro tema interesante en derecho penal internacional es el referido a la comisión de los delitos por niños o niñas. Cabe mencionar que la minoría de edad, a diferencia de como ha sido contemplada en otras legislaciones, no excluye la responsabilidad; lo que sucede es que, debido al fin político criminal de la sanción, su tratamiento es diferente y por ello se crea un régimen jurídico especial. Este régimen es la Ley del Menor Infractor, de 1994,<sup>41</sup> que contiene las disposiciones aplicables a las personas menores de edad (entre 12 y 18 años)<sup>42</sup> que hayan cometido cualquier tipo de delitos, aun los internacionales. El tratamiento es diferente en el Estatuto, ya que este se aplica solo a personas mayores de 18 años de edad (artículo 26).

En términos generales, la legislación salvadoreña no establece reglas especiales en la determinación ni en el fin de la pena para los delitos de carácter internacional. Cabe mencionar que, según el artículo 27 de la Constitución, los fines de la pena son la reeducación y la reinserción del condenado en la sociedad, y en ese sentido el mismo artículo prohíbe las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda clase de tormento. Las únicas excepciones al fin de la pena reeducativa son los casos de delitos contemplados en las leyes militares durante el estado de guerra internacional, a los que se puede aplicar la pena de muerte.<sup>43</sup>

La responsabilidad penal es personal y solo son sujetos de pena las personas naturales. No obstante, el CP contempla la figura “actuar por otro”, que supone que en la comisión de un hecho delictivo el que actúe como directivo o administrador de una persona jurídica responderá penalmente aunque en él no concurren las cualidades o relaciones correspondientes que determine la figura del delito. En todo caso, las personas jurídicas incurrir en responsabilidad civil subsidiaria especial.<sup>44</sup> Concordante con el Estatuto de Roma, la legislación nacional no sanciona a las personas jurídicas con una pena, ni tampoco excluye la responsabilidad internacional del Estado.

En la aplicación de la ley penal<sup>45</sup> a las personas existen algunas excepciones al principio de igualdad debido a ciertos privilegios. El artículo 17, inciso 2º, del CP excluye de su aplicación, al menos inmediata, a aquellas personas que gocen de prerrogativas de acuerdo con la Constitución y el derecho internacional y cuando se goce de determinadas inviolabilidades en ciertas materias. Por ejemplo, el artículo 236 de

---

<sup>41</sup> Aprobada por decreto legislativo n° 863 de fecha 27 de abril de 1994, publicada en el *Diario Oficial* n° 106, t. 323, 8 de junio de 1994.

<sup>42</sup> Los menores de 12 años no responden penalmente. Civilmente responden a partir de los 10 años de edad.

<sup>43</sup> Entre estos delitos se encuentra la traición y el espionaje en tiempo de guerra internacional.

<sup>44</sup> El artículo 121 del CP prevé que existe este tipo de responsabilidad cuando quien responde por el imputado de los daños y perjuicios provenientes del hecho delictivo es una persona jurídica, el Estado o sus entes autónomos.

<sup>45</sup> Para el caso de los delitos civiles que cometieren los funcionarios comprendidos en el artículo 236 de la Constitución, se les demandará no en los tribunales comunes, sino ante la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, tal como lo manda el artículo 50 del Código de Procedimientos Civiles.

la Constitución contempla el privilegio de antejuicio para los delitos oficiales y comunes<sup>46</sup> que cometan ciertos funcionarios públicos.<sup>47</sup> En estos casos responderán ante la Asamblea Legislativa.

Por otro lado, quienes fungieren como jueces de primera instancia, gobernadores departamentales, jueces de paz y otros, responden por los delitos oficiales que cometan ante los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia, tal como lo establece el artículo 239 constitucional.

Al confrontar las citadas disposiciones con el artículo 27 del Estatuto de Roma, se observa que en este tema la legislación salvadoreña es totalmente contradictoria con el Estatuto.

A pesar de que diferentes tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador desde hace más de un lustro contemplan la imprescriptibilidad de ciertos delitos, es a partir de la entrada en vigencia de los nuevos códigos penales (Penal y Procesal Penal, en marzo de 1998) que se introduce la imprescriptibilidad para delitos como la tortura, los actos de terrorismo, el secuestro, el genocidio, la violación de las leyes o costumbres de guerra, la desaparición forzada de personas, la persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión, pero siempre que los hechos hayan sido cometidos con posterioridad a la vigencia de dichos códigos (artículos 99<sup>48</sup> del CP y 34 del CPP). En consecuencia, es a partir de la reforma de 1998 que la legislación salvadoreña en materia penal (CP y CPP) se apega a lo dispuesto en el Estatuto (artículo 29).

Los *ocursos de gracia* son una materia regulada en la Constitución y en la legislación secundaria (Código Penal, Código Procesal Penal y Ley Especial de Ocurso de Gracia<sup>49</sup> [LEOG]). No establecen ninguna restricción en cuanto al otorgamiento de amnistía, indulto o conmutación de la pena para delitos internacionales.

En el caso de la amnistía, el artículo 3 de la LEOG establece que procederá para delitos políticos, delitos comunes conexos con políticos, y delitos comunes cometidos por un número de personas que no sea menor de veinte.

<sup>46</sup> En ese sentido, el artículo 22 CP describe a los delitos oficiales como aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público. Según esta definición se pueden tomar como delitos oficiales con trascendencia internacional muchos de los delitos contemplados en este código.

<sup>47</sup> El presidente y vicepresidente de la República, los diputados, los designados a la Presidencia, los ministros y viceministros de Estado, el presidente y magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el presidente y magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el fiscal general de la República, el procurador general de la República, el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el presidente y magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos.

<sup>48</sup> En este artículo el inciso de imprescriptibilidad de estos delitos no aparece en el texto mandado a publicar al *Diario Oficial*, pero sí en el decreto legislativo que aprobó la Asamblea Legislativa.

<sup>49</sup> Contendida en el decreto legislativo n° 436, del 8 de octubre de 1998, publicado en el *Diario Oficial* n° 206, t. 341, 5 de noviembre de 1998

El artículo 4 se refiere a los delitos políticos y comunes conexos con políticos, remitiéndose al artículo 21 del CP. Este declara que son delitos políticos los relativos al sistema constitucional y a la existencia, seguridad y organización del Estado. En el segundo y tercer incisos restringe este catálogo, excluyendo como delitos políticos los relativos a la vida e integridad personal de los jefes de Estado o Gobierno.

Por su parte, los artículos 13 y 28 de la LEOG señalan que se puede otorgar el indulto y la conmutación de la pena, respectivamente, a cualquier persona que hubiese sido condenada por sentencia ejecutoriada y por cualquier delito.

No obstante estas disposiciones, el artículo 244 Constitucional presupone:

La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.

El Salvador es suscriptor de ciertos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. De acuerdo con esta, y como se señala en su artículo VII, para efectos de extradición los delitos allí señalados se tomarán como delitos no políticos. Esto debe de acrecentar el catálogo de delitos que no se consideran políticos en la legislación salvadoreña, e igualmente debe suceder con cualquier otro tratado internacional que disponga lo mismo, o bien con la jurisprudencia de los tribunales cuya jurisdicción El Salvador haya aceptado.

La irretroactividad de las leyes de forma general encuentra asidero legal en el artículo 21 de la Constitución. La excepción a dicha regla es la ley penal, cuando sea favorable al reo. Aquí no se hace distinción entre casos nacionales e internacionales.

En cuanto al principio *ne bis in idem*, el artículo 11 de la Constitución, parte última, dispone que una persona no puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. Siguiendo esa misma línea, el artículo 7 del CPP (“Única persecución”) establece:

Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirán el efecto de cosa juzgada.

Nos parece que la Constitución y el CPP se adecuan a la exigencia del Estatuto al prohibir la doble *persecución penal*, por un *hecho o conducta* determinado y no por una calificación típica.

Por otro lado, somos de la opinión de que la legislación salvadoreña no contraría el Estatuto, específicamente su artículo 20, que regula el principio del *ne bis in idem* en lo referente a las excepciones. Es generalmente aceptado que el debido proceso vale tanto para el imputado como para la víctima, y si se dieran los supuestos que contempla dicho artículo, obviamente no se estaría frente a una sentencia legítima; por lo tanto, no puede decirse que haya habido un proceso que dé al fallo calidad de cosa juzgada.

## **II. Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales**

No existen en la legislación salvadoreña otros presupuestos generales de punibilidad ni exenciones a las penas para el castigo de crímenes internacionales.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

De manera general se puede decir que los únicos procedimientos especiales y diferentes del común son los contemplados en el CJM para tiempo de guerra. Estos son ventilados por tribunales diferentes y a ellos se aplica un procedimiento sumario (al respecto puede consultarse el artículo 337 del CJM).

### **F. La práctica efectiva de persecución**

En este punto es necesario hacer una aclaración. Si bien desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal y procesal penal en abril de 1998 —la que ha sido objeto de análisis en el transcurso del presente estudio— no ha existido un solo caso en el que El Salvador inicie una persecución penal nacional de crímenes internacionales por los delitos apuntados, sí hay una gran cantidad de hechos ocurridos durante la vigencia de la legislación penal y procesal penal de 1974 —antecesora de la actual— que han tenido relevancia internacional pero no han sido perseguidos penalmente.

En El Salvador hubo una guerra civil que duró 12 años (1980-1991), en la cual se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, tanto por la Fuerza Armada de El Salvador (FAES), cuerpos de seguridad, grupos paramilitares y escuadrones de la muerte, como por las fuerzas insurgentes aglutinadas en el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). En 1992 se dio fin a este período bélico por medio de un acuerdo de paz firmado entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN.

Uno de los aspectos que se dijo debía lograrse para la reconciliación nacional fue el esclarecimiento de hechos que atentaban contra los derechos humanos. Para este efecto se nombró una Comisión de la Verdad, cuya tarea fue realizar un informe recopilando este tipo de casos con el fin de identificar a los responsables.

La Comisión de la Verdad registró más de 22.000 denuncias de graves hechos de violencia ocurridos en El Salvador durante el período de enero de 1980 a julio de 1991.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*, informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador y anexos, t. I, Naciones Unidas, San Salvador-Nueva York, 1992-1993, p. 41.

En cuanto al tipo de hechos denunciados, “más de un 60% del total corresponden a ejecuciones extrajudiciales; más del 25% a desapariciones forzadas; y más del 20% incluyen denuncias de tortura”.<sup>51</sup>

Como se ha mencionado, por estos hechos no se ha juzgado a nadie.

Esto demuestra que en El Salvador han existido impedimentos para realizar una persecución penal de crímenes con relevancia internacional, debido a la falta de voluntad política para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables.

Además, otro aspecto que permite reafirmar esta situación es la emisión de una ley en 1993 que concede amnistía de forma amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con estos y comunes cometidos por un número de personas no menor de veinte, antes del 1º de enero de 1992.<sup>52</sup> Se denomina Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

En virtud de esta ley no se han perseguido una cantidad de delitos cometidos antes de esa fecha, e incluso cometidos entre 1989 y 1992, periodo presidencial en el que se emitió la ley, a pesar de que el artículo 244 de la Constitución prohíbe amnistiar delitos cometidos en el mismo periodo presidencial en que se dicta la ley de amnistía.

Contra esta ley se interpusieron dos demandas de inconstitucionalidad, en 1997 y 1998, ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En su sentencia de fecha 26 de septiembre de 2000, la Sala declaró que no existían las inconstitucionalidades aducidas y dejó en claro que era potestad de los jueces, en cada caso, perseguir aquellos delitos que hubieran sido cometidos entre 1989 y 1992.<sup>53</sup> Pero los jueces a los que se les han presentado los casos, hasta el momento no han accedido a perseguirlos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe 127/99 sobre el caso 10.488 de El Salvador, relativo a la ejecución extrajudicial de seis sacerdotes jesuitas y dos personas más, dijo:

239. [...] Como consecuencia de la sanción de la Ley de Amnistía, el Estado salvadoreño ha violado el Artículo 2 de la Convención Americana. Además, a raíz de su aplicación al presente caso, el Estado ha violado el derecho a la justicia y su obligación de investigar, procesar y reparar establecidos en los Artículos (1), 8 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de las víctimas y de los miembros de la comunidad religiosa y académica a la que pertenecían.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Decreto legislativo n° 486 de fecha 20 de marzo de 1993, publicado en el *Diario Oficial* n° 56, t. 318, 22 de marzo de 1993.

<sup>53</sup> Ni la fiscalía ni los jueces han procedido a dar trámite a los casos. El mayor avance que se tuvo fue lograr que una jueza aplicara la prescripción por uno de estos delitos y no la amnistía.

Otro dato interesante es que, en el mismo informe, la CIDH hace relación a los dichos de los fiscales que estuvieron asignados al caso, quienes sostuvieron “en una entrevista televisiva que no existió voluntad de investigar por parte de los organismos oficiales. En aquella entrevista, los ex fiscales señalaron que renunciaron a sus cargos porque la Fiscalía General les había puesto todo tipo de obstáculos para impulsar una investigación seria y completa de las ejecuciones extrajudiciales”.<sup>54</sup>

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Actualmente no existe ninguna iniciativa de reforma sobre los crímenes apun-  
dos o sobre sus procedimientos.

### ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

La obligación en la persecución penal internacional se deriva exclusivamente de las disposiciones penales nacionales, que en muy pocos casos retoman como fuente directa los tratados internacionales sobre el tema. Aunque estos tratados internacionales hayan sido ratificados por El Salvador, no son aplicados directamente, pues solo contemplan, en algunos casos, los hechos o conductas criminosas, no así las penas a imponer. De estas afirmaciones se puede anticipar que el Estado salvadoreño reiteradamente incumple su obligación de adecuar la legislación interna a la internacional.

Cabe mencionar también que el alcance de la persecución penal, como ya se ha expuesto, ha de realizarse de manera ilimitada con relación al territorio y a ciertos delitos cometidos en el extranjero, mas no al tiempo debido a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal.

Lo primero puede concebirse al realizar un análisis conjunto de los principios que permiten dicha persecución (principio personal, principio real o de defensa y principio de universalidad) y lo segundo, de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (artículo 21 de la Constitución).

Sin embargo, este último aspecto debería ser analizado con mayor profundidad. Como se ha expuesto, existen disposiciones internacionales que podrían habilitar a los funcionarios respectivos a iniciar persecuciones penales en los términos señalados en el inciso segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

<sup>54</sup> Véase Informe n° 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.488: Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos. El Salvador, 22 de diciembre de 1999. Puede consultarse en <[www.derechos.org/nizkor/salvador/doc/jesuitas.html](http://www.derechos.org/nizkor/salvador/doc/jesuitas.html)>.

Recordamos y reafirmamos el déficit que existe en la legislación penal salvadoreña para la persecución nacional de los crímenes internacionales si hacemos una comparación con los parámetros del derecho penal internacional extranjero<sup>55</sup> y del derecho internacional penal.<sup>56</sup> No obstante, consideramos que este vacío debe ser evacuado por la actividad de los jueces y juezas a través de lo que podríamos llamar el “malabarismo judicial” para la persecución de crímenes internacionales, pues solo a través del manejo imaginativo de las diferentes disposiciones nacionales y la integración del derecho objetivo se lograrán subsumir aquellas conductas disvaliosas para la comunidad internacional, en los pobres supuestos de la ley salvadoreña.

### ***III. Debate jurídico-político***

Al momento no se cuenta con planes previsible de ser adoptados como leyes que permitan la persecución penal internacional efectiva y adecuada a los estándares internacionales. Es más, en el entorno salvadoreño no ha existido hasta la fecha una discusión seria sobre estos aspectos. Apenas algunas organizaciones no gubernamentales han comenzado a debatir sobre los beneficios de la suscripción y ratificación del Estatuto de Roma.

## **H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional**

Un aspecto muy importante en la persecución penal internacional está ligado con el peso político en el ámbito internacional que se le reconozca al país que pretenda perseguir a determinado criminal. El Salvador es un país sin mucha presencia internacional, dependiente de las decisiones de otros países; por lo tanto, si pretendiera procesar a un nacional del país o países de los que depende, se podría ver impedido en su cometido, en la medida en que esos países interfieran o condicionen aspectos importantes para la vida nacional salvadoreña a cambio de no realizar la persecución penal.

### ***I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica con relación a la persecución penal de crímenes internacionales en El Salvador***

En El Salvador no existe un interés político actual de hacer realidad la persecución de crímenes internacionales, ni tampoco de los crímenes de relevancia internacional cometidos en el territorio nacional. Esto puede constatarse en la escasa discusión sobre el tema y en la postura cerrada que ha adoptado el Gobierno en cuanto a la

---

<sup>55</sup> Por ejemplo, Colombia es uno de los países latinoamericanos que mayor regulación tiene en materia de derecho penal internacional.

<sup>56</sup> Sobre el uso del término *derecho internacional penal* cabe mencionar que era utilizado a inicios del siglo pasado. Por ejemplo: Janaccone: “Diritto Penale Internazionale e Diritto Internazionale Penale”, *Revista Penal*, 1926 (citado en Nino Levi, *Diritto Penale Internazionale*, A. Guiffirè-Editore, Milán, 1949, p. 9).

adopción del Estatuto de Roma. Se puede atribuir al hecho de que aún quedan resabios del conflicto nacional, en el que se cometieron crímenes de relevancia internacional tanto de parte de la Fuerza Armada salvadoreña como de parte de la insurgencia (FMLN). Y, específicamente, a que sus dirigentes o personas cercanas que tuvieron alguna influencia en el conflicto armado, y que por tanto están involucrados en tales crímenes, hoy en día son quienes toman las decisiones políticas en el país.

Por estos motivos y por los mencionados en el apartado H, creemos que el país se muestra reservado en cuanto a la persecución de crímenes internacionales y que no han existido siquiera esfuerzos mínimos en esa dirección. Esto mismo da la base para afirmar que El Salvador está por debajo de los estándares internacionales que permitan realizar una efectiva persecución penal de crímenes internacionales en el ámbito nacional.

## **Bibliografía**

### **Libros**

- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., et al., *Materiales prácticos de derecho internacional público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.
- LEVI, Nino, *Diritto penale internazionale*, A. Guiffirè-Editore, Milán, 1949.
- MARTÍNEZ VENTURA, Jaime, y Xochitl MARCHELLY, *Reforma penal y acuerdos de paz*, FESPAD, San Salvador, 2002.
- MORENO CARRASCO, Francisco, y Luis RUEDA GARCÍA, *Código Penal de El Salvador comentado*, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador, 1999.
- VILLALPANDO, Waldo, *De los derechos humanos al derecho internacional penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

### **Informes**

- Informe n° 136/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.488: Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos. El Salvador, 22 de diciembre de 1999.
- NACIONES UNIDAS, *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador y Anexos*, t. I, Naciones Unidas. San Salvador-Nueva York, 1992-1993.

### **Leyes**

- Constitución de la República de El Salvador de 1983.
- Código Civil de 1860.
- Código de Procedimientos Civiles de 1864.
- Código Penal de 1998.

Código Procesal Penal de 1998.  
 Código de Justicia Militar de 1964.  
 Ley Penitenciaria de 1998.  
 Ley Especial de Ocurso de Gracia de 1998.  
 Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993.  
 Ley del Menor Infractor de 1995.

***Tratados internacionales***

*No suscritos*

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.  
 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

*Suscritos y ratificados*

Carta de la Organización de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.  
 Convención Americana sobre Derechos Humanos.  
 Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.  
 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.  
 Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de Guerra Terrestres de 1907.  
 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.  
 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

***Jurisprudencia***

*Nacional*

Sentencia de inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. De fecha veintiséis de septiembre de dos mil, expediente número 24-97.

*Internacional*

Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Asunto relativo al Tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig. Opinión Consultiva de 4 de febrero de 1932. (TPJI Serie A/B, n° 44, pág. 24).

***Resoluciones de las Naciones Unidas***

Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

***Otros***

Ley de Introducción al Código Penal Internacional alemán de 26 de junio de 2002.

**Anexo**<sup>57</sup>*Homicidio simple*

Artículo 128. El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años.

*Homicidio agravado*

Artículo 129. Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

7) Por motivos abyectos o fútiles;

8) Cuando fuere ejecutado por autoridad civil o militar, prevaliéndose de tal calidad; y [...]

En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión.

*Comercio de personas*

Artículo 367. El que por sí o como miembro de una organización internacional, se dedicare al comercio de personas con cualquier fin, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Si el comercio se realizare con mujeres o niños salvadoreños, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

*Violación de las leyes o costumbres de guerra*

Artículo 362. El que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de guerra o de cualquier manera ocasionare daños psíquicos o corporales, deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

*Violación de los deberes de humanidad*

Artículo 363. El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y el que cometiere cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

*Privación de libertad*

Artículo 148. El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado con prisión de tres a seis años.

---

<sup>57</sup> Este Anexo responde al cuadro número 1, p. 309.

*Privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública*

Artículo 290. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que fuera de los casos señalados por la ley, realizare, acordare, ordenare o permitiere cualquier privación de libertad de una persona, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

Si la privación de libertad excediere de cuarenta y ocho horas o habiéndose ejecutado la detención en flagrancia, no se diere cuenta inmediatamente con el detenido a la autoridad competente, tanto la prisión como la inhabilitación especial, se aumentarán hasta en una tercera parte de un máximo.

*Manipulación genética*

Artículo 140. El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años.

En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.

*Tortura*

Artículo 297. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que con ocasión de las funciones de su cargo, sometiere a otra persona a tortura física o psíquica o que teniendo la facultad de evitarlo o impedirla no lo hiciere, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

*Violación*

Artículo 158. El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.

*Violación en menor o incapaz*

Artículo 159. El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de diez a catorce años.

Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.

*Atentados relativos al derecho de igualdad*

Artículo 292. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o por cualquier otra condición de una persona, le denegare cualquiera de los derechos individuales reconocidos por la

Constitución de la República, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

### *Inducción, promoción y favorecimiento de la prostitución*

Artículo 169. El que indujere, facilitare, promoviere o favoreciere la prostitución de persona menor de dieciocho años, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Cuando cualquiera de estas modalidades se ejecutare prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá además una multa de cincuenta a cien días multa.

### *Determinación a la prostitución*

Artículo 170. El que determinare coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaliéndose de la superioridad originada por cualquier relación, se impondrá junto con la pena correspondiente una multa de cincuenta a cien días multa.

La pena de prisión será de dos a cuatro años, cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

### *Desaparición forzada de personas*

Artículo 364. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término

### *Desaparición forzada cometida por particular*

Artículo 365. El que realizare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa.

### *Desaparición de personas permitida culposamente*

Artículo 366. El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término.

# España

## A. Introducción

### I. Firma y ratificación

España firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma, ECPI) el día siguiente a su adopción por la Conferencia Diplomática de Naciones Unidas, es decir, el 18 de julio de 1998,<sup>1</sup> y lo ratificó el 4 de octubre de 2000, mediante la ley orgánica (LO) 6/2000,<sup>2</sup> una vez emitido el dictamen del Consejo de Estado sobre la innecesariedad de una previa modificación de la Constitución Española (CE).<sup>3</sup>

La mencionada ley contiene la siguiente disposición adicional única:

España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española.<sup>4</sup>

### II. Modificaciones de la legislación española

La primera cuestión que se planteó España una vez firmado el Estatuto y antes de proceder a su ratificación fue si era necesaria o no la previa modificación de la Constitución española (CE) en lo referente a la declaración de inviolabilidad del rey contenida en su artículo 56.3. El Consejo de Estado se pronunció al respecto señalando

---

<sup>1</sup> Como recoge la Exposición de motivos de la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE 5-10-00), en su apartado 4, último párrafo: “En España, el Parlamento manifestó su claro apoyo al proceso de elaboración del Estatuto en varias ocasiones y, de forma muy particular con la aprobación de una extensa proposición no de ley en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, de fecha de 24 de junio de 1998, en la que se fijaron pautas precisas para la negociación por parte de la Delegación española”.

<sup>2</sup> BOE 5-10-00. La ley entró en vigor al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de octubre.

<sup>3</sup> Sobre el contenido de este informe véase el punto siguiente.

<sup>4</sup> Sobre la fundamentación de esta restricción y su alcance véase *infra* al tratar de las penas.

do que la inviolabilidad del rey reconocida en la Constitución española se refiere únicamente a los actos realizados dentro de su función institucional, y en el caso de participación del monarca en un crimen internacional tal actuación no podría ser comprendida en el ámbito de su función, con lo que no estaría cubierta por la inviolabilidad. En consecuencia, el artículo 56.3 de la CE no se opone a lo previsto en el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que no es preciso modificar aquel para poder ratificar este.<sup>5</sup>

El legislador español todavía no ha realizado las reformas legales exigidas por la asunción de compromisos que supone la ratificación del Estatuto de Roma, pero están en marcha los trabajos preparatorios de modificación del Código Penal (CP) y la elaboración de diversas leyes que posibiliten y articulen la cooperación de España con la Corte Penal Internacional, con la intención de que toda esta normativa esté vigente en el momento en que la Corte empiece a funcionar.<sup>6</sup>

Por lo demás, no existen en España especialidades nacionales fundamentales en la persecución de crímenes internacionales.

## **B. Los crímenes del derecho penal internacional y su recepción por el el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

#### *1. Tipicidad y fuentes jurídicas*

En el ordenamiento jurídico español están tipificadas todas las modalidades de genocidio previstas en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma. La tipicidad de este delito en la regulación española es en algunos supuestos más restrictiva y en otros más amplia, e incluso recoge alguna modalidad más de las previstas en la regulación internacional.

Se tipifica, en primer lugar, la modalidad de genocidio mediante *matanza de miembros del grupo*.

En el supuesto de *lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo*, la regulación española va más allá de lo establecido en la Convención al incluir también lesiones no graves.<sup>7</sup>

En cuanto al supuesto de *sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*, no solo se tipifica el sometimiento del grupo o de una parte de él, sino también la mera actuación sobre alguno de sus miembros; por otra parte, la tipicidad exige la producción de un resul-

---

<sup>5</sup> Un extracto del informe puede verse en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5, 1 semestre de 2000, p. 360.

<sup>6</sup> Véase *infra* el punto G.

<sup>7</sup> Un comentario puede verse en Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 209 y ss.

tado, bien de peligro concreto para la vida, bien de lesión grave de la salud de alguno de los miembros del grupo.<sup>8</sup> La doctrina española,<sup>9</sup> al igual que la internacional,<sup>10</sup> asume la idea del proyecto de Convención contra el Genocidio del secretario general<sup>11</sup> y del Comité ad Hoc,<sup>12</sup> aceptada más tarde también por los “Elementos de los crímenes”,<sup>13</sup> de que son subsumibles en esta modalidad conductas como privar de alojamiento conveniente, de alimentación o de cuidados médicos, el sometimiento a trabajo excesivo que pueda dar lugar a la muerte, etc.

Como *medidas destinadas a impedir nacimientos* —el llamado genocidio biológico—, se castigan expresamente la castración y otros actos que produzcan impotencia o esterilidad, además de otras medidas como pueden ser, por ejemplo, la segregación de sexos, el aborto compulsivo, las prohibiciones de contraer matrimonio o el suministro coactivo de anticonceptivos.<sup>14</sup> Las medidas deben adoptarse con carácter general, con relación al grupo y no respecto de un individuo en particular,<sup>15</sup> y deben imponerse de manera coactiva.<sup>16</sup>

El *traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo* está tipificado de tal manera que va más allá del concepto internacional en dos aspectos: en primer lugar, se incluye todo traslado por la fuerza de individuos, no solo de menores; en segundo lugar,

<sup>8</sup> Sobre el origen y sentido de esta modalidad en los textos internacionales y sobre su traducción en la legislación española véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 215 y ss. Algunos autores entienden que respecto de la salud de los miembros del grupo basta también con un resultado de peligro concreto —véanse Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 157, y Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 51—. En mi opinión esta interpretación pugna con el tenor literal del precepto.

<sup>9</sup> Véase Sáenz de Pipaons y Mengs, *Delincuencia política internacional*, 1973, p. 156; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 219.

<sup>10</sup> Bassiouni, *Derecho penal internacional*, 1984, p. 129.

<sup>11</sup> *Yearbook of the United Nations*, 1947-48, p. 595. Los diversos proyectos comentados pueden encontrarse en P. N. Drost, *The Crime of State. Penal Protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, II, “Genocide”, 1959.

<sup>12</sup> *Yearbook of the United Nations*, 1947-48, pp. 597 y ss.

<sup>13</sup> La nota 2 al artículo 6 c de los Elementos de los crímenes (PCNICC/2000/WGEC/L. 1) establece: “La expresión ‘condiciones de existencia’ podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares”.

<sup>14</sup> Véanse Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 664; Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 51; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 212 y 220. En opinión de Sáenz de Pipaons y Mengs (*Delincuencia política internacional*, 1973, pp. 236-237), esta separación de las conductas de castración y esterilización del resto de medidas tendentes a impedir la procreación es incongruente.

<sup>15</sup> Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 157; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 220.

<sup>16</sup> *Report ILC*, 1996, p. 92; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 219-220, con ulteriores citas.

puede tratarse tanto de traslados a otro grupo como de desplazamientos forzosos del grupo mismo.<sup>17</sup> Se trata de modalidades que habían sido rechazadas durante la elaboración de la Convención contra el Genocidio en el seno de la Sexta Comisión.<sup>18</sup> Ante la dificultad de compaginar esta modalidad con la intención de destrucción del grupo requerida, la doctrina propone diversas interpretaciones, desde la que considera que se trata de una modalidad de imposible cumplimiento por falta de idoneidad del medio,<sup>19</sup> a la propuesta de una interpretación restrictiva que la reconduzca a los supuestos de genocidio biológico o físico o, por último, admitir que el Código Penal español no solo considera formas de destrucción entendibles como genocidio la destrucción física y la biológica, sino también la expulsión que supondría la eliminación de un grupo o subgrupo de un determinado ámbito territorial y/o sociopolítico determinado aunque no se eliminara de forma absoluta su existencia física.<sup>20</sup>

El ordenamiento jurídico español presenta otras especialidades con respecto a la definición internacional de genocidio. Por un lado, se incluye como modalidad la adopción de medidas tendentes a impedir el género de vida del grupo. La doctrina española ha querido ver en esta modalidad la inclusión en el CP español del llamado genocidio cultural, eliminado del concepto internacional,<sup>21</sup> y la opinión mayoritaria propone interpretaciones restrictivas que limiten el amplísimo ámbito que otorga al tenor literal.<sup>22</sup> Por otro lado, se menciona expresamente la modalidad genocida consistente en agresiones sexuales. Su inclusión se realizó a partir de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario del Partido Popular en la que se hacía referencia a las noticias sobre violaciones masivas cometidas en el curso de la guerra en la antigua Yugoslavia<sup>23</sup> y que se dieron a conocer por aquella época a raíz de las investigaciones

<sup>17</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 223 y ss.

<sup>18</sup> Sixth Committee, *Summary Records*, pp. 184 y ss. En la discusión del artículo 17 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad volvió a aparecer la sugerencia de incluir como modalidad de genocidio las deportaciones, lo que se rechazó con el argumento de que cuando estas se realizaran con el propósito de destruir al grupo eran subsumibles en la modalidad de sometimiento a condiciones de existencia destinadas a producir su destrucción física total o parcial —véase *Report ILC*, 1996, p. 92.

<sup>19</sup> Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 50.

<sup>20</sup> Sobre las diferentes posibilidades de interpretación, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 223-224.

<sup>21</sup> Sobre el contenido de la categoría del genocidio cultural y su posterior exclusión (únicamente pervivió de ella la modalidad de traslado forzoso de niños de un grupo a otro), véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 192-194, con ulteriores citas.

<sup>22</sup> Las propuestas de interpretación restrictiva pretenden por lo general reconducirlo a formas de genocidio físico o biológico. Véase Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 664; Blanc Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, 1990, p. 185; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 110.

<sup>23</sup> Véase López Garrido y García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 210.

de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas que presidía el profesor Bassiouni.<sup>24</sup> Los informes de aquella comisión, a los que no esperó el legislador español, no dieron lugar a la modificación del concepto internacional de genocidio, sino a la inclusión de las agresiones sexuales como modalidades de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en opinión de Bassiouni,<sup>25</sup> que me parece plenamente asumible, la agresión sexual puede ser un medio idóneo para cometer genocidio si se realiza con la intención requerida. En particular estimo que los informes de la Comisión de Expertos muestran sin ninguna duda que la agresión sexual ha sido utilizada en la antigua Yugoslavia para practicar el genocidio biológico.<sup>26</sup>

Por último, en la regulación jurídica española están tipificadas además otras conductas relacionadas con el genocidio. En primer lugar, se castiga la difusión por cualquier medio de doctrinas o ideas que nieguen el genocidio. La punición de esta conducta tiene su origen en un precepto similar del Código Penal alemán que castiga el delito conocido en aquel país como *Auschwitzlüge*.<sup>27</sup> Sin embargo, el precepto español ha sido sometido a una cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Provincial Barcelona,<sup>28</sup> pues existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con las tesis revisionistas que enmarca el cuestionamiento de hechos históricos en el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la CE).<sup>29</sup> El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado al respecto. En segundo lugar, se castiga la difusión por

<sup>24</sup> Los resultados de estas investigaciones pueden verse publicados en Bassiouni y McCormick, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996, y M. Cherif Bassiouni, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 1996.

<sup>25</sup> Bassiouni y McCormick, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996, p. 33.

<sup>26</sup> Sobre la argumentación de Bassiouni y sobre la interpretación de la violencia sexual como modalidad de genocidio en el artículo 607 del CP español, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 230.

<sup>27</sup> Sobre los precedentes y desarrollo histórico de este precepto véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 328 y ss.; Lorenzo Copello, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XIX, 1996, p. 266; Landa Gorostiza, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 129 y ss.

<sup>28</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª), de 14 septiembre 2000 —recurso de apelación n.º 24/1999 (ARP 2000\1547).

<sup>29</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991 (BOE de 17 de diciembre de 1991), en especial el fundamento jurídico 7 y de 11 de diciembre de 1995, fundamento jurídico 2 (BOE de 12 de enero de 1996). Ambas pueden verse comentadas en Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 346 y ss. La doctrina también se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de este precepto. Véase Carbonell Mateu, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 2161; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 726; Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 1996, pp. 1640 y ss.; Feijóo Sánchez, en G. Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1423; González Rus, *Curso de derecho penal español*, 1997, p. 972; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 355 y ss.

cualquier medio de doctrinas o ideas que justifiquen el genocidio. Esta conducta podría incluirse en el concepto amplio de apología,<sup>30</sup> que ha sido excluido con carácter general por el legislador español<sup>31</sup> tras su repetido cuestionamiento por la doctrina,<sup>32</sup> pero que se ha mantenido en relación con el delito de genocidio. Y, en tercer lugar, se castiga como delito de genocidio la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de genocidio. Para que esta variedad de apología en sentido amplio se mantenga dentro de los límites establecidos por el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), para integrar el tipo no basta con que se realicen manifestaciones a favor de un determinado programa político o ideología ni de un determinado partido político o régimen, sino que las manifestaciones deben incluir la aprobación del delito cometido por estos,<sup>33</sup> además de un elemento subjetivo: que ello se realice con el ánimo de incitar a cometer ese delito.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> El Código Penal anterior establecía: “La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, y que por su naturaleza o circunstancias puedan constituir una incitación directa a cometer el delito”. Véase, por ejemplo, el antiguo artículo 165, *ter*, 2. En la definición de la apología del genocidio se incluyeron además tras las palabras “enaltezcan a su autor”, “nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio” por ley de 11 de mayo de 1995, pero a continuación se añadía la exigencia de que supusieran una incitación directa a cometer el delito.

<sup>31</sup> En el Código Penal de 1995 la apología solo se castiga cuando a la vez constituya provocación —véase el artículo 18 del CP—, que a su vez se castiga solo de modo excepcional en relación con determinados delitos, lo que hace superflua su mención —véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, p. 183.

<sup>32</sup> Numerosos autores han cuestionado la legitimidad del castigo de la apología en sentido amplio aludiendo a la posible pugna con el principio de intervención mínima o a su incompatibilidad con el respeto a la libertad de expresión. Véase por ejemplo Maqueda Abreu, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Poder Judicial*, n.º 9, 1998, pp. 19 y ss., González Guitián, “La apología en la reforma penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico n.º 6, 1983, p. 396; Gracia Martín, “El ‘iter criminis’ en el Código Penal español de 1995”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 266; Cuerda Arnau, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, n.º 1757, 1995, p. 5254. El Tribunal Constitucional español en su sentencia de 26 de diciembre de 1986 (BOE n.º 313, supl. de 31 de diciembre de 1986) mantuvo la constitucionalidad de la apología en sentido amplio sometida a determinados requisitos, fundamentalmente la asunción de los hechos como algo positivo y encomiable, y el Tribunal Supremo ha señalado que en su opinión el castigo de la apología en sentido amplio no sería contrario a la Constitución si se respetan ciertos límites; entre otros, no se puede considerar apología del delito la “simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico” (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997).

<sup>33</sup> Véanse *supra* notas 29, 31 y 32.

<sup>34</sup> Del Rosal Blasco, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 58, 1996, p. 84.

En cuanto a las fuentes jurídicas, el delito de genocidio está tipificado como un delito de la parte especial en el Código Penal español de 1995, en el artículo 607 del CP, dentro del capítulo II, “Delitos de genocidio”, del título XXIV, “Delitos contra la comunidad internacional”.

El delito de genocidio fue introducido por primera vez en la legislación española por la ley 44/1971, de 15 de noviembre, como consecuencia de la adhesión de España a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio el 13 de septiembre de 1968. En su primera versión, incluida en el artículo 137 *bis* del antiguo Código Penal español, presentaba mayores diferencias respecto del texto de la Convención. Algunas de ellas fueron modificadas, como por ejemplo, las referidas a la identificación de los grupos protegidos,<sup>35</sup> pero otras subsistieron y pasaron a la descripción actual del delito de genocidio contenida en el artículo 607 del vigente Código Penal español de 1995.<sup>36</sup>

En la redacción típica del actual precepto se abandona la fórmula tradicional con la que el Código español se refiere al sujeto activo indeterminado: “el que”, para usar en cambio el plural: “los que”.<sup>37</sup>

En el sistema legal español la jurisprudencia —que está constituida por las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo— no está considerada como fuente del derecho, sino únicamente como complemento para la interpretación de la ley.<sup>38</sup> Los tribunales no están vinculados por la interpretación de tribunales superiores. Hecha esta aclaración, resulta interesante hacer referencia aquí a la interpretación que ha realizado la Audiencia Nacional del elemento típico “grupos protegidos”. A pesar de la claridad y exactitud con la que el actual precepto identifica a los grupos protegidos (que coinciden con los del concepto internacional de genocidio, aunque no siempre fue así en la legislación española),<sup>39</sup> a raíz de los casos instruidos por el juez Baltasar

---

<sup>35</sup> Sobre la historia de la introducción y posterior evolución del delito de genocidio en la legislación española véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 204 y ss., con ulteriores citas.

<sup>36</sup> La literatura española que comenta el delito de genocidio es en su mayoría anterior al Código Penal de 1995 y por lo tanto comenta la antigua redacción del viejo Código. Como obras actuales referidas al artículo 607 pueden consultarse las siguientes: Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999; Bernardo Feijóo Sánchez, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, año XIX, n° 4693, 1998.

<sup>37</sup> De esta variación deduce Feijóo Sánchez que el genocidio debe ser cometido de forma sistemática por una colectividad de personas —“Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, 1998, p. 2; el mismo, “Los delitos de genocidio”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 42, 1997, p. 110—. Sobre el elemento subjetivo exigido a cada uno de los coautores véase González Rus, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 259; Feijóo Sánchez, “Art. 607”, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1420; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 253 y 259.

<sup>38</sup> Véanse los artículos 1 y 6 del Código Civil español. Sobre el papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el derecho penal véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 160 y ss.

<sup>39</sup> En una primera versión, la del artículo 137 *bis* del Código Penal anterior, se cometieron dos errores: el primero, corregido posteriormente, fue sustituir el término *racial* por *social*, y el segundo

Garzón por los crímenes cometidos por las dictaduras argentina y chilena, y con el fin de garantizar la sumisión de estos casos a la jurisdicción española para evitar su impunidad, se ha realizado una interpretación errónea del término *grupo*, ampliando el ámbito del precepto<sup>40</sup> y desvirtuando el concepto de genocidio.<sup>41</sup> Así, la Audiencia Nacional, en sus autos de 5 de noviembre de 1998,<sup>42</sup> afirma que el concepto “social” de genocidio incluye la destrucción de cualquier grupo humano, en una argumentación sorprendente que prescinde del concepto “jurídico” y del tenor literal de la ley.<sup>43</sup> Para demostrar la existencia de ese pretendido concepto social acude a textos anteriores a la tipificación del delito de genocidio, como la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Londres y a la redacción del antiguo 137 *bis* que tan criticado fue por la doctrina por apartarse de la regulación y del concepto internacional de genocidio. Y afirma, incurriendo en una evidente analogía *in malam partem*, que “grupo nacional” no significa “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino “simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”; argumenta evidenciando su confusión de los conceptos *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* que “el entendimiento restrictivo del tipo que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por

---

consistió en suprimir la coma existente entre los términos *nacional* y *étnico*, lo que en opinión de la doctrina limitaba injustificadamente la protección de los grupos nacionales a aquellos que a la vez constituían etnia. Véase Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Parte especial, 1995, p. 659. Este segundo error se mantuvo hasta la derogación del anterior Código Penal, pero ha sido subsanado en el artículo 607 del Código vigente.

<sup>40</sup> En mi opinión, mediante una analogía *in malam partem* prohibida en derecho español. Véase el artículo 4 CP. Nuestro Tribunal Supremo es sumamente estricto en la observancia del principio de legalidad y prohíbe incluso la interpretación extensiva contraria al reo —véase al respecto Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, p. 171, con cita de sentencias en la nota 102.

<sup>41</sup> El informe del instituto Max Planck sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno —publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8 c, 1999, pp. 441 y ss.— tampoco admite la realización de un genocidio salvo que se entiendan incluidos los grupos políticos, opinión por la que se inclinan pero que estimo ha sido descartada por el Estatuto de Roma. En todo caso, este supuesto concepto más amplio de genocidio que incluiría a los grupos políticos y que pertenecería a un derecho internacional consuetudinario no sería aplicable directamente ni por los tribunales alemanes ni por los españoles, por el principio de legalidad que exige ley cierta y descarta con ello la costumbre como fuente. En España se exige además ley orgánica.

<sup>42</sup> Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Chile), fundamento de derecho 5°, y auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 (sobre la jurisdicción de la justicia española en el caso relativo a Argentina), fundamento de derecho 5°.

<sup>43</sup> Su argumentación sería equiparable a la afirmación aberrante de que, puesto que socialmente (e incluso en el Diccionario de la Real Academia Española) se califica de asesino al homicida, podríamos aplicar la pena agravada del artículo 139 del CP a todo el que mate a otro, con independencia de que concurren o no las circunstancias del tipo agravado.

el poder o por una banda de los enfermos de sida”, entre otros ejemplos, y concluye que “todas las víctimas reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia sobre la jurisdicción española en el caso Guatemala,<sup>44</sup> parece rechazar esta interpretación al afirmar: “Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno sobre el fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto *afectan al pueblo maya como grupo étnico*” (cursivas añadidas).

## 2. Sanciones

Las penas asignadas al delito de genocidio varían según las modalidades de comisión, y la decisión sobre su gravedad se deriva de la técnica legislativa empleada en la tipificación del genocidio, consistente en la desmembración de las modalidades genocidas recogidas en la Convención y su traducción a figuras comunes del CP español.<sup>45</sup> De este modo, la cuantía de las penas previstas guarda proporción con las penas asignadas en el CP español para los delitos mediante cuya comisión se realiza el genocidio.

Así, un genocidio cometido mediante homicidio de miembros del grupo tiene una pena superior (prisión de 15 a 20 años) a la pena prevista para el delito de homicidio (prisión de 10 a 15 años);<sup>46</sup> si concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes la pena también es superior (20 a 30 años de prisión) a la que corresponde al delito de asesinato (prisión de 15 a 20 años<sup>47</sup> o de 20 a 25 años en caso de asesinato agravado);<sup>48</sup> si el genocidio se comete mediante agresiones sexuales o lesiones del artículo 149 del CP la pena prevista es superior (prisión de 15 a 20 años) a la de los delitos mencionados (prisión de 6 a 12 años para el caso de las lesiones y penas que van de 1 a 15 años según las modalidades de agresión sexual);<sup>49</sup> si el genocidio se comete mediante sometimiento a condiciones de existencia que ponen en peligro la vida o que perturban gravemente la salud de sus miembros, mediante desplazamientos forzosos, mediante adopción de medidas destinadas a impedir el género de vida o la reproducción, o mediante lesiones del artículo 150 del CP, la pena prevista es de 8 a 15 años de prisión (la pena prevista para las lesiones del artículo 150 es prisión de 3

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

<sup>45</sup> Sobre el origen y finalidad de esta técnica de tipificación véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 212 y ss.

<sup>46</sup> Véanse los artículos 138 y ss. del CP. Sobre el posible sentido de la agravación extraordinaria de la pena para el supuesto de homicidio en que concurren dos o más circunstancias agravantes genéricas véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 207 y ss.

<sup>47</sup> Véase el artículo 139 del CP.

<sup>48</sup> Véase el artículo 140 del CP.

<sup>49</sup> Véanse los artículos 149 (lesiones) y 178 a 179 (agresiones sexuales)

a 6 años; las detenciones ilegales no condicionadas se castigan con penas de prisión que van de los 2 a los 8 años;<sup>50</sup> la pena para el aborto no consentido es de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación especial,<sup>51</sup> y la pena prevista para el delito de coacciones es de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 24 meses).<sup>52</sup>

Además, el artículo 616 del CP prevé para todos los delitos comprendidos en el título XXIV, en el que se incluye el genocidio, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años, para el autor que ostente la cualidad de autoridad o funcionario público, y otorga al juez o tribunal la facultad de imponer la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 10 años para el caso de que el autor sea un particular.<sup>53</sup>

No contempla expresamente el Código la regla concursal aplicable al supuesto de comisión de varias de las modalidades de genocidio sobre un mismo grupo por un mismo sujeto. Tampoco existe jurisprudencia sobre este asunto. La doctrina ha propuesto soluciones diversas: Para el caso de repetición de actos constitutivos de una misma modalidad de genocidio —por ejemplo, homicidio de varios miembros del grupo— se propone la apreciación de un solo delito de genocidio<sup>54</sup> por considerarse una unidad típica en sentido estricto.<sup>55</sup> En caso de cometerse diversos actos constitutivos de varias modalidades de genocidio la doctrina mayoritaria considera que debe apreciarse también una unidad delictiva y aplicarse un solo delito de genocidio castigando con la pena prevista para la modalidad más grave cometida.<sup>56</sup> En cuanto a la relación existente entre el tipo del genocidio y los diversos tipos que a su vez pueden integrar cada una de las acciones individuales mediante las que se comete el genocidio, como el homicidio, las lesiones, etc., no existe ya tanta uniformidad y se han propuesto soluciones diferentes. La posición más aceptada tradicionalmente en España<sup>57</sup> fue la de tomar en consideración uno de los resultados típicos (una muerte, por

---

<sup>50</sup> Artículo 163 del CP.

<sup>51</sup> Artículo 144 del CP.

<sup>52</sup> Artículo 172 del CP.

<sup>53</sup> Sobre el contenido de las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para empleo o cargo público véanse los artículos 41 y 42 del CP.

<sup>54</sup> Véase Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares (dir.) y Valle Muñiz (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 1996, p. 1640; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 666; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 285 y ss. En la doctrina alemana comparten esta opinión autores como Jähnke, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, marg. 14, y el Tribunal Supremo alemán (sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf).

<sup>55</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 286.

<sup>56</sup> Véase Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 667; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 288 y ss., Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf, fundamento III.3.

<sup>57</sup> Esta postura ha sido exportada a algunos países latinoamericanos pero nunca ha sido defendida en Alemania. En cambio, la solución de entender que el delito de genocidio consume todo el desvalor de

ejemplo) para formar el delito de genocidio y apreciar los restantes en concurso ideal de delitos con este.<sup>58</sup> Frente a esta opinión, que no cuenta con otro fundamento que el de la desproporción punitiva que supone apreciar sin más un concurso de leyes,<sup>59</sup> considero preferible apreciar un único delito de genocidio en concurso ideal con el concurso real formado por los delitos contra bienes jurídicos individuales realizados en su ejecución.<sup>60</sup> Nuestro Tribunal Supremo todavía no ha tenido la ocasión de estudiar detenidamente el delito de genocidio, pero en diversas resoluciones (ya bastante antiguas) relativas a problemas muy distintos, mencionó el genocidio como ejemplo de delito pluriofensivo, en el que se castigan lesiones de bienes jurídicos personales junto con la de otro bien jurídico,<sup>61</sup> mientras que en otras señalaba que el genocidio es la única figura del CP en la que se afecta a varios sujetos y sin embargo se considera un único delito.<sup>62</sup>

## II. Crímenes contra la humanidad

### 1. Tipicidad y fuentes jurídicas

Los crímenes contra la humanidad no se encuentran expresamente tipificados como tales en la legislación española. Además, en el ordenamiento español rige el principio de legalidad para el establecimiento de figuras delictivas y de penas (artículos 25 de la CE y artículos 1 y 2 del CP) con reserva de ley orgánica para aquellas materias que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 81 de la CE),<sup>63</sup> por lo que no es posible aplicar directamente el derecho internacional consuetudinario ni el tratado por el que se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacio-

---

los diversos delitos contra bienes jurídicos fundamentales cometidos en su ejecución no tiene defensores en España pero en Alemania es una postura minoritaria. La defendió, por ejemplo, Lay, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, marg. 12.

<sup>58</sup> Véase Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, p. 103; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, p. 666. A esta opinión se adhirieron otros autores como Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978, p. 57, y González Rus, *Curso de derecho penal español*, 1997, p. 971.

<sup>59</sup> Sobre su inadmisibilidad véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 303 y ss.

<sup>60</sup> Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 305 a 313; la misma, “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, nº 4 1999, pp. 787 y ss.; y véase la sentencia del BGH de 30 de abril de 1999, 3StR 215/98 OLG Düsseldorf.

<sup>61</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137), de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988\3450), de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\2436), de 23 de enero de 1987 (RJ 1987\457) y de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989\4137).

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal), de 6 de julio de 1983 (RJ 1983\4099).

<sup>63</sup> Sobre el principio de legalidad en materia penal y la reserva de Ley Orgánica véase Cerezo Mir, *Curso I*, pp. 150 y ss.

nal,<sup>64</sup> pero tampoco la ley orgánica 6/2000 de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional,<sup>65</sup> pues a pesar de que esta cumpliría los requisitos del principio de legalidad en cuanto al establecimiento de las figuras delictivas, no contiene sanciones.<sup>66</sup>

Por ello, hasta que se produzca la modificación del Código Penal que incluya la tipificación y sanción expresa de los crímenes contra la humanidad como tales, la única forma de castigar las conductas constitutivas de estos es acudir a las figuras de los delitos comunes. Las modalidades previstas en la legislación internacional son adaptables con diferente grado de dificultad a otros tipos comunes de la parte especial del derecho penal español.

Así, no existe problema en subsumir las conductas de *asesinato* y *exterminio* en los tipos comunes del homicidio<sup>67</sup> y el asesinato (castigados en los artículos 138, 139 y 140 del CP).

Más complicada puede ser la subsunción de las conductas calificadas como *esclavitud*, para cuyo castigo habría que aplicar un concurso de diversos tipos penales que podrían ser, según los casos, las detenciones ilegales y secuestros (artículos 163 y ss. del CP), coacciones (artículo 172 del CP), amenazas (artículos 169 y ss. del CP) y tratos degradantes (artículo 173 del CP).

Así mismo, para castigar la *deportación o traslado forzoso* de población habrá que acudir a los delitos de coacciones y detenciones ilegales. Estas últimas serán también las figuras aplicables para castigar la *encarcelación y otras privaciones graves de libertad*.

El crimen contra la humanidad de *tortura* no se corresponde exactamente con el delito de tortura tipificado en la legislación penal española (artículo 174 del CP), pues este exige que la conducta se realice con un elemento subjetivo específico: el fin de obtener una confesión o información o de castigar a la víctima. En los casos en los que falte este elemento, habrá que castigar por atentado contra la integridad moral (artículos 173 y 175 del CP) en concurso de delitos (artículo 177 del CP) con las lesiones cometidas (artículos 147 y ss. del CP).

---

<sup>64</sup> Sobre el derecho internacional como posible fuente del derecho penal interno véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 93 y ss.

<sup>65</sup> BOE 5-10-00.

<sup>66</sup> En mi opinión, la enumeración, en el artículo 77 del Estatuto, de las sanciones que puede imponer la Corte no supone la asignación de penas a cada tipo que exige el principio de legalidad, y aun cuando se entendiera que sí, es decir, que este artículo asigna las penas correspondientes a los delitos recogidos en el Estatuto, la desmesurada amplitud de los marcos penales impediría, de igual modo, el cumplimiento del principio de legalidad de las penas tal y como lo entiende nuestro derecho.

<sup>67</sup> Aunque el Estatuto hable de “asesinato”, el término no está utilizado en sentido técnico, pues al describir las conductas constitutivas de este no se hace referencia a la concurrencia de circunstancias especiales —véase “Elementos de los crímenes”, artículo 7.1 *a*—, por lo que son subsumibles en esta categoría tanto conductas constitutivas de homicidio del artículo 138 del CP como de asesinato de los artículos 139 y 140.

Las conductas de *violación, esclavitud sexual y prostitución forzada* son subsumibles en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículos 179, 180, 182, 183.2, 187 y 188 del CP) Estos dos últimos podrían aplicarse en concurso con el delito de trato degradante en el caso de la esclavitud sexual. Para castigar la conducta de *embarazo forzoso*, es decir, confinar a una mujer para obligarla a tener el hijo fruto de un embarazo provocado por la fuerza, habría que aplicar un concurso entre las detenciones ilegales y las coacciones, además, por supuesto, de castigar por el delito contra la libertad sexual previo. La esterilización forzada sería subsumible en el delito de lesiones del artículo 149 del CP.

El crimen de *persecución* podrá ser subsumible, según la conducta mediante la que se materialice la privación de derechos fundamentales, en alguno de los diversos artículos del capítulo IV (“De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”) y del capítulo V (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”) del título XXI (“Delitos contra la Constitución”) del Código Penal español, y si ninguno de ellos resultara aplicable, en el delito de coacciones.

Además, en la mayoría de los supuestos resultarían aplicables las agravantes de móviles discriminatorios (artículo 22.4<sup>a</sup> del CP),<sup>68</sup> aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente (artículo 22.2<sup>a</sup> del CP) y prevalimiento del carácter público del culpable (artículo 22.7<sup>a</sup> del CP).<sup>69</sup>

Pero la doctrina mayoritaria entiende que en los crímenes contra la humanidad, a pesar de tratarse de delitos contra bienes jurídicos fundamentales,<sup>70</sup> existe un plus de injusto que los distingue de los delitos comunes, constituido por el contexto en el que se realizan: “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”. Este plus de injusto, que en mi opinión debería concretarse en un mayor desvalor de la acción, dado que ya hemos identificado el bien jurídico protegido como idéntico al de los delitos comunes y por lo tanto el desvalor del resultado no varía respecto de aquellos, no podría ser comprendido con la mera aplicación de una agravante genérica.<sup>71</sup>

Por ello se está preparando una reforma del Código Penal que incluirá la tipificación expresa de los crímenes contra la humanidad. Por el momento existe un pro-

---

<sup>68</sup> La agravante no es aplicable en aquellos delitos en los que el tipo penal apropiado ya hace referencia a los mencionados móviles, como por ejemplo, los artículos 510, 511 y 512.

<sup>69</sup> Tampoco será aplicable esta agravante en aquellos delitos que ya tienen en cuenta la condición de funcionario público del autor.

<sup>70</sup> Véase en este sentido la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n° 6, 2002, p. 33; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 151.

<sup>71</sup> “Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

yecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el que se añade un capítulo II *bis* al título XXIV del libro II del CP,<sup>72</sup> con la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad”, en el que se incluye un artículo 607 *bis* cuya redacción, sin embargo, se separa bastante del contenido del artículo 7 del Estatuto de la CPI,<sup>73</sup> resulta confusa y, según se interprete, restrictiva en algunos supuestos o notablemente ampliatoria en otros del concepto. El proyecto parece seguir la idea de la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, de que el crimen de *apartheid* y el de persecución se desgajan de la enumeración de conductas para incorporarlos a la definición inicial por tratarse, en su opinión, de “dos supuestos complejos caracterizados por la realización de cualquiera de los comportamientos típicos (muertes, violaciones, torturas, etc.) dentro de un contexto específico que viene a concretar la idea genérica de ‘ataque contra una población civil’”.<sup>74</sup> Sin embargo, esta interpretación del crimen de persecución que hace el Grupo no es la de los “Elementos de los crímenes” ni la de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales,<sup>75</sup> por lo que resulta evidente que no debería incluirse en nuestra legislación una variación de la redacción típica que obligue a una lectura que no se ajusta al derecho y la jurisprudencia internacionales.

## 2. Sanciones

Las sanciones previstas para los delitos comunes son vistas por la doctrina como insuficientes, teniendo en cuenta la gravedad que supone la lesión de esos bienes jurídicos cuando se realiza en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La aplicación de una o varias agravantes genéricas como las mencionadas en el apartado anterior resultaría, en opinión de la doctrina, insuficiente para captar ese plus de injusto concretado en un mayor desvalor de la acción que supone la comisión en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, pues la apreciación de una agravante genérica produce el efecto de imponer la pena señalada al delito en su mitad superior,<sup>76</sup> mientras que las propuestas doctrinales de reforma y

<sup>72</sup> BOE n° 145-1 de 5 de mayo de 2003.

<sup>73</sup> El texto completo puede leerse *infra* en el apartado G.

<sup>74</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, n° 6, 2002, p. 38.

<sup>75</sup> Sobre el contenido de esta modalidad de comisión y la interpretación de la jurisprudencia véanse el artículo 7.2 g del ECPI y el 7.1 h de los “Elementos de los crímenes”; Boot/Hall, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, artículo 7, margs. 60 y ss.; Ambos y Wirth, “The current Law of Crimes Against Humanity”, en *Criminal Law Forum* n° 13, 2002, p. 72; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 140 y ss.; la misma, *La nueva justicia penal supranacional*, comentario al punto 7.1 h. Sobre la interpretación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) véase Trial Chamber, *Opinion and Judgment of 7 May 1997*, p. 273, párrafo 697; véase Trial Chamber I: *Sentencing Judgement, Dusko Tadic, Case Nº IT-94-1-T, 14 July 1997*, pp. 15 y ss. y p. 26, y la jurisprudencia citada por Ambos y Wirth.

<sup>76</sup> Artículo 66.3° del CP.

el propio proyecto de LO de modificación del CP establecen unos marcos penales que —por lo general—<sup>77</sup> pretenden que la pena para los delitos de lesa humanidad sea la superior en grado a la establecida para la lesión del bien jurídico de que se trate en el artículo que regula el delito común, de la misma manera que se hizo en el delito de genocidio.<sup>78</sup> Así, mientras que, por ejemplo, para el delito de homicidio se establece la pena de prisión de 10 a 15 años, para el homicidio constitutivo de crimen contra la humanidad se propone la de prisión de 15 a 20 años.<sup>79</sup>

### III. Crímenes de guerra

#### 1. Tipicidad y fuentes jurídicas

El primer paso hacia la incriminación de la conducta ilícita en la guerra, en un plano positivo y de carácter permanente, tuvo lugar en España, al igual que en la mayoría de los países, en la legislación penal militar.<sup>80</sup> En el derecho español la materia relativa a los delitos de guerra pertenecía al ámbito del derecho militar desde su primera regulación, en el Reglamento de Campaña del Ejército de 1882, hasta el actual Código Penal Militar de 1985,<sup>81</sup> y solo en tiempos muy recientes se extendió a la legislación común.

Con el tiempo, la regulación de los crímenes de guerra en la legislación española se ha ido adaptando a la normativa internacional.<sup>82</sup> Hoy los crímenes de guerra se encuentran regulados en el Código Penal Militar y en el Código Penal. El catálogo de

---

<sup>77</sup>No en todos los supuestos. Deberían revisarse las penas propuestas para el embarazo forzoso y la esclavitud.

<sup>78</sup>Véase en este sentido la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002, p. 40. El texto del anteproyecto puede verse *infra* en el punto G.

<sup>79</sup>Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002, p. 45.

<sup>80</sup>Véase Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, pp. 529 y ss. Hasta las Convenciones de Ginebra el derecho internacional no impone la obligación de castigar las conductas contrarias a las leyes y usos de la guerra.

<sup>81</sup>Ibidem, pp. 535 y ss.; Fernández Flores, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en Bleuca y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, pp. 814 y ss.

<sup>82</sup>Así, la doctrina venía reclamando la elaboración de un nuevo Código Penal Militar por múltiples razones, pero, en concreta referencia al tema que estamos tratando, se denunciaba que la regulación existente —el Código de Justicia Militar de 1945— era anterior a los Convenios de Ginebra y al Convenio sobre Protección de Bienes Culturales, por lo que no recogía todos los supuestos previstos en ellos. Además se decía que las normas en él establecidas, al igual que las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, eran escasas, anárquicas y desordenadas. Véase Medina Ortega, “La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción del derecho de la guerra”, en *ADPCP*, tomo XIV, 1961, pp. 75 a 77; Jiménez y Jiménez, *Introducción al derecho penal militar*, p. 55; Pastor Ridruejo, “Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10, 1960, pp. 19 y ss.

conductas típicas recogidas en el Código Penal Militar sigue siendo más amplio con relación al Código Penal común, pues el primero incluye como delitos infracciones del derecho de La Haya y del derecho de Ginebra, mientras que el segundo se limita al derecho humanitario bélico. La inclusión de estos delitos en el Código Penal común resulta muy acertada, puesto que, aunque los crímenes de guerra solo pueden ser cometidos por los combatientes —legítimos o no— en calidad de tales y como parte de las operaciones bélicas, el concepto de combatiente es más amplio que el de militar, condición necesaria para ser sujeto activo de los delitos contenidos en el Código Penal Militar.<sup>83</sup>

El Código Penal común no recoge expresamente todas las variantes típicas de crímenes de guerra dentro del capítulo destinado a los crímenes contra bienes o personas protegidos en caso de conflicto armado, sino que utiliza la técnica de la remisión a los tipos comunes para el castigo de la producción de determinados resultados. Así, según lo dispuesto en el último inciso del artículo 609, en caso de producirse, por ejemplo, un resultado de muerte, habrá que acudir al tipo del homicidio, aplicado en concurso de delitos con el artículo 609, para castigar un homicidio realizado mediante alguna de las conductas enumeradas en el artículo 609 del CP. Ante la falta de una regulación expresa del homicidio de una persona protegida, y a la vista de la remisión mencionada, hay que deducir que también el homicidio de una persona protegida no realizado mediante alguna de las conductas enumeradas en este capítulo debe ser punido conforme al tipo del homicidio común, y lo mismo ocurrirá con cualquier otro resultado previsto en la regulación internacional que no se recoja expresamente en el capítulo destinado a los crímenes de guerra. Por lo tanto, la regulación contenida en dicho capítulo debe ser completada con los tipos comunes.<sup>84</sup> Además, el legislador ha utilizado en algunos preceptos la técnica de las leyes penales en blanco, así como numerosos elementos normativos, por lo que para completar los tipos es necesario acudir a los tratados internacionales en la materia. Tanto el Código Penal común como el Código Penal Militar contienen un tipo penal residual que castiga la lesión de cualquier tratado internacional relativo a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las

---

<sup>83</sup> El artículo 8 del CPM da una definición de lo que debe entenderse por *militar* a los efectos de este Código. Fernández Flores —en Bleuca y Rodríguez Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 818 y 819— entiende que debe incluirse en esta definición tanto el militar español como el extranjero, lo cual es conforme con el principio de represión universal que establecen los Convenios de Ginebra —artículos 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV— y el artículo 23.4 g de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial. De la misma opinión es Higuera Guimerá, *Curso de derecho penal militar español*, 1990, pp. 223 y 224. Véase sobre el concepto de militar Jiménez y Jiménez, *Introducción al derecho penal militar*, pp. 150 a 152; Martínez-Cardos Ruiz, “Definición de militares”, en Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988, pp. 215 a 244; Higuera Guimerá, *Curso de derecho penal militar español*, 1990, pp. 209 a 227.

<sup>84</sup> En el mismo sentido Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 728.

personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, siempre que España sea parte de él o lo haya ratificado (artículos 614 del CP y 78 del CPM, respectivamente).<sup>85</sup>

A la vista de los nuevos desarrollos experimentados por el derecho internacional, así como de los nuevos compromisos convencionales adquiridos por España, entre ellos los derivados de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (CEDIH),<sup>86</sup> faltaría en nuestro Código Penal la tipificación expresa de las siguientes conductas:

- utilización de personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa (artículo 8, apartado 2, *b*, xxiii del ECPI);
- violación a sabiendas de la protección debida a hospitales y material sanitario —por añadidura a la de unidades y medios de transporte sanitarios, supuestos que ya están comprendidos en el Código— (artículo 8 apartado 2, *b*, ix y xxiv, y *e*, ii y iv);
- ejercer violencia sobre el personal habilitado para utilizar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (artículo 8 apartado 2, *b*, xxiv, y *e*, ii);
- cometer contra cualquier persona protegida actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual o atentado a su pudor que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra (artículo 8, apartado 2, *b*, xxii, y *e*, vi);
- hacer padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar del mismo modo los suministros de socorro realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra (artículo 8, apartado 2, *b*, xxv);
- dirigir intencionadamente ataques contra personal,<sup>87</sup> instalaciones, material o unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bie-

---

<sup>85</sup> Sobre la constitucionalidad de esta técnica y los posibles problemas de seguridad jurídica que preceptos de este tipo pueden originar, véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 93 y ss., en especial pp. 103-104, con ulteriores citas.

<sup>86</sup> CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 87 y ss.

<sup>87</sup> Según el CEDIH hay que entender por *ataques* los que se perpetren contra la integridad física o la libertad y en el supuesto de homicidio o grave peligro para la integridad de las víctimas sería de aplicación el 609, que a su vez remite a la pena del homicidio en caso de darse dicho resultado.

nes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (artículo 8, apartado 2, *b*, iii, y *e*, iii);

- declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa (artículo 8, apartado 2, *b*, xiv).
- ordenar no dar cuartel <sup>88</sup> (artículo 8, apartado 2, *b*, xii);
- reclutar o alistar obligatoriamente a menores de 18 años o utilizarlos para participar directamente en las hostilidades (artículo 8, apartado 2, *b*, xxvi, y *e*, vii, completado por los artículos 1 y 2 del Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, firmado por España el 6 de septiembre de 2000).<sup>89</sup>

Además destacan la necesidad de incluir como personas protegidas al personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 9 de diciembre de 1994,<sup>90</sup> y de incluir la tipificación de otras conductas de conformidad con lo establecido en otros convenios internacionales de los que España es parte, como por ejemplo:

- desarrollar, producir, almacenar, adquirir, conservar, transferir o no destruir los siguientes tipos de armas: bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, químicas y minas antipersonal;<sup>91</sup>
- violar suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa (artículos 35 a 41 de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y su Reglamento anexo sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre).

Así mismo, proponen extender la protección de los bienes culturales que ofrece el Código conforme a lo dispuesto en el Segundo Protocolo de Convención de La Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999, ratificado por España el 6 de julio de 2001,<sup>92</sup> y extender la cláusula general del artículo 614 a la regulación de los medios o métodos de combate.

De momento, el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha hecho caso omiso de estas recomendaciones, pues no recoge ningún tipo nuevo relativo a crímenes de guerra, lo que, como hemos visto, no supone que la legislación española presente lagunas de punibi-

---

<sup>88</sup> CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 99.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>91</sup> Sobre el fundamento de la inclusión de estas conductas en las obligaciones adquiridas por la ratificación de nuestro país en diversas convenciones, véase *ibidem*, pp. 99 y ss.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 105 y s.

lidad con respecto a las conductas previstas en el ECPI, ya que todas las conductas recogidas en él forman parte de tratados en los que nuestro país es parte y por lo tanto pueden ser reconducidas a la cláusula residual del artículo 614. Pero en mi opinión habría sido preferible la tipificación expresa, lo que además habría permitido una mejor adecuación de la pena.

En relación con las fuentes jurídicas, los crímenes de guerra se hallan regulados en los artículos 69 y siguientes del título II (“Delitos contra las leyes y los usos de la guerra”) del libro II del Código Penal Militar, para los sujetos sometidos a dicha jurisdicción, y en el capítulo III (“De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”) del título XXIV del libro II, artículos 609 y siguientes, del Código Penal de 1995 para el resto de posibles sujetos activos de estos delitos.

## 2. Sanciones

Los artículos 609 y siguientes del CP tipifican conductas que en relación con los bienes jurídicos personales fundamentales podemos definir de mero peligro, remitiendo, en caso de lesión efectiva de dichos bienes (en caso de producirse un resultado) a los tipos penales comunes. En mi opinión habrá que apreciar un concurso de delitos entre los artículos 609 y siguientes y los delitos comunes de resultado (homicidio, lesiones...) cuando la conducta castigada como crimen de guerra sea constitutiva de un delito de peligro abstracto o lesiva de un bien jurídico distinto (por ejemplo, el medio ambiente) y un concurso de leyes cuando se trate de una mera puesta en peligro concreto de un bien jurídico personal fundamental. Con todo, las sanciones previstas finalmente pueden resultar insuficientes para comprender lo injusto de las conductas constitutivas de crimen de guerra según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para los casos en que exista un aumento de injusto (en mi opinión, del desvalor de la acción) constituido por su comisión en el ámbito de un plan o política o como parte de una comisión en gran escala. Por lo tanto, para la comisión de crímenes de guerra con estas características que los convierten por su especial gravedad en objeto de la jurisdicción de la CPI debería preverse una elevación de la pena similar a la que se propone para los crímenes contra la humanidad en relación con los delitos comunes, y no solo, como recoge el anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal, siguiendo la opinión del Grupo de Estudios de Política Criminal, la mera agravación de la pena en su mitad superior.<sup>93</sup> En este caso las circunstancias

---

<sup>93</sup> La jurisprudencia de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR) ha puesto de manifiesto que no existe una diferencia de gravedad entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Así lo señala Sánchez Patrón, “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001. Tampoco los tribunales creados para juzgar los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial hicieron otra distinción

citadas deben mantenerse como motivo de agravación y no incluirse como elementos del tipo, como se hace con los crímenes contra la humanidad, pues es preciso recordar que existen crímenes de guerra no cometidos en esas circunstancias y no sometidos necesariamente a la jurisdicción de la Corte que deben continuar expresamente castigados.<sup>94</sup>

## V. *Crimen de agresión*

El crimen de agresión no está tipificado en la legislación española.

## VI. *Otros crímenes internacionales*

### I. *El terrorismo internacional*

El delito de terrorismo se encuentra tipificado en los artículos 571 a 580 del CP español. Para que los diversos actos recogidos en los tipos de terrorismo sean calificados como tal debe darse el requisito general de que el sujeto activo pertenezca, actúe al servicio o colabore con banda armada o grupo cuya finalidad sea la de *subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*. Aunque en principio la redacción típica parece hacer referencia al orden constitucional español,<sup>95</sup> la Audien-

---

entre ambas categorías de crímenes que la relativa a los posibles sujetos pasivos. Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 112. Tras la incorporación a los crímenes de guerra del requisito de su comisión a gran escala o como parte de un plan o política para que sean competencia de la CPI —que era otra de las diferencias advertidas en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR (Sánchez Patrón, o. cit., p. 83)—, solo los sujetos pasivos diferencian la categoría de crímenes de guerra del artículo 8 del ECPI y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo el Grupo de Estudios de Política Criminal propone incluir una agravación de la pena en su mitad superior para los supuestos de crímenes de guerra cometidos en ese contexto especial, mientras que para los crímenes contra la humanidad pretende una pena superior en grado a la del delito común respectivo. Además, si la agravación se establece —como propone el Grupo de Estudios de Política Criminal— en un artículo 614 *bis* referido a las conductas recogidas en los artículos anteriores, no sería de aplicación a los resultados punibles mediante los tipos comunes, por lo que un crimen de guerra consistente en el homicidio de una persona protegida sin utilizar ninguno de los medios tipificados en los artículos 609 y ss. pero realizado en el marco de una política, plan o acción masiva se castigaría con la pena del homicidio simple, lo que resulta contrario a la finalidad de la reforma. Esta es la línea que sigue el anteproyecto, que se ha limitado a introducir un nuevo artículo 614 *bis* donde se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior cuando la conducta contenida en ese capítulo se cometa a gran escala o forme parte de un plan o política.

<sup>94</sup> No está claro que los crímenes de guerra no cometidos en estas circunstancias no sean de competencia de la Corte. Véase la nota 197.

<sup>95</sup> Así lo entendía el Ministerio Fiscal. A favor de la interpretación de la Audiencia Nacional véase la argumentación de Lamarca Pérez, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 87 y 88.

cia Nacional entendió subsumibles los hechos cometidos en otros países contra el orden constitucional y la paz pública de aquellos países y también entendió subsumibles en el concepto de banda armada los elementos que a su vez forman parte de un ejército.<sup>96</sup> El asunto no ha llegado al Tribunal Supremo, pero en su sentencia de 25 de febrero de 2003, en el caso Guatemala, aun sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión, parece expresar sus dudas sobre la tipicidad de los hechos bajo la calificación de terrorismo con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, recurso de apelación nº 84/1998 (ARP 1998/5943). “Fundamento jurídico SEXTO. Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo. La calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo no aportará nada nuevo a la resolución del caso, puesto que los hechos imputados han sido ya tenidos por susceptibles de constituir delito de genocidio y son los mismos hechos los que son objeto de estudio en cuanto a subsunción jurídica. El terrorismo figura también como delito de persecución internacional en el Artículo 23, apartado 4, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y ya se ha dicho (apartado 2 de estos fundamentos) que el precepto, como norma procesal vigente hoy, es aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. La Sala, no obstante, debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque, exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento, la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaleciendo de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada. Como escribía Quintano Ripollés en los años cincuenta: ‘una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevalece del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo’”.

<sup>97</sup> Fundamento undécimo, último párrafo.

## II. *El falso testimonio ante tribunales internacionales*

El Código Penal español ya cumple en parte con la obligación de España de proteger el procedimiento ante la Corte que se deriva del artículo 70.4 del ECPI. El artículo 458.3 del CP castiga el falso testimonio ante tribunales internacionales.

Sin embargo, no se castiga el cohecho (ni activo ni pasivo) de autoridad o funcionario internacional.<sup>98</sup> El Proyecto de LO de modificación del CP ha incluido un nuevo artículo 471 *bis* que castiga expresamente el falso testimonio ante la Corte Penal Internacional, la presentación de pruebas falsas ante esta o la destrucción o alteración de pruebas, la corrupción de testigos, el abuso de influencias, la corrupción o intimidación a un funcionario de la Corte y el cohecho activo y pasivo de funcionarios de la Corte.

## C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

### I. *Principios de conexión para el poder punitivo nacional*

#### 1. *Principios de aplicación de la jurisdicción española en general*

Los tribunales españoles solo aplican la ley penal española, por lo que el ámbito de la jurisdicción española coincide con el de aplicación de la ley penal española. Las reglas de aplicación de la ley penal española en el espacio y de jurisdicción de los tribunales penales españoles están recogidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985.<sup>99</sup>

El artículo 7 del Código Penal Militar establece:

Los preceptos de esta ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales.

El principio básico de aplicación de la ley penal española es el principio de territorialidad,<sup>100</sup> regulado en los artículos 8.1 del Código Civil (CC) y 23.1 de la LOPJ. Junto con este principio reconoce nuestra legislación como principios complementarios el de personalidad activa,<sup>101</sup> regulado en el artículo 23.2 de la LOPJ, el principio real o de protección de intereses,<sup>102</sup> regulado en el artículo 23.3 de la LOPJ

---

<sup>98</sup> La corrupción de funcionarios o autoridades extranjeras solo se castiga en el artículo 445 *bis* del CP en el ámbito de una actividad económica. Debería extenderse la protección a otros ámbitos.

<sup>99</sup> BOE nº 157, de 2 de julio de 1985, corrección de errores en BOE nº 264, de 4 de noviembre, modificada por ley orgánica de 15 de abril de 1999 (<www.boe.es>).

<sup>100</sup> Sobre este principio y sobre el concepto de territorio español véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 193 y ss.

<sup>101</sup> Véase por todos *ibidem*, pp. 201 y ss.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 204 y ss.

y en el artículo 7 del CPM,<sup>103</sup> y el principio de justicia universal,<sup>104</sup> recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ. En cambio, nuestro ordenamiento no recoge el principio de personalidad pasiva como tal, ni el de justicia penal sustitutiva, aunque ellos pueden tener entrada a través de la cláusula del artículo 23.4 g cuando España se haya comprometido convencionalmente a perseguir algún delito conforme a alguno de estos criterios, como por ejemplo la tortura.<sup>105</sup>

La LOPJ no establece ninguna limitación al principio de territorialidad. En cambio, para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por los tribunales españoles se establecen determinados requisitos. En relación con el principio de personalidad activa se exige la punibilidad en el lugar de comisión (salvo que quede exceptuado por el derecho internacional) y que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; y en relación con los principios de protección de intereses y de justicia universal el único requisito es que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. La Audiencia Nacional hizo una interpretación estricta de este requisito que le permitió no tener en cuenta las leyes argentinas de punto final y de obediencia debida con el argumento de que dichas leyes no establecían indultos<sup>106</sup> sino que despenalizaban conductas<sup>107</sup> —es preciso recordar que el derecho español no menciona la amnistía y prohíbe expresamente los indultos generales—. <sup>108</sup> No se exige ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>104</sup> Véase por todos *ibidem*, pp. 204 y ss.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, caso Guatemala, fundamento duodécimo.

<sup>106</sup> La amnistía consiste en una “derogación transitoria de la Ley” mediante la que a través de una ley general que beneficia a una pluralidad de sujetos se cancelan los antecedentes penales, se suspenden los procesos judiciales en curso y se impide la iniciación de ninguno nuevo por los hechos que caen en la órbita de la amnistía, mientras que mediante el indulto, que puede ser individual o general, se concede al penado una remisión total o parcial de la pena impuesta, y presupone, por tanto, al contrario que la amnistía, una sentencia firme y la no cancelación de los antecedentes penales —Gracia Martín, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, pp 281-282.

<sup>107</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación nº 84/1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico “OCTAVO: [...] las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o en razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que su aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c del apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra a del mismo apartado 2 del artículo 23 de la ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido Artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

<sup>108</sup> Véase *infra* el punto 15.

del delincuente en territorio español —esta última puede obtenerse, como se intentó en el caso Pinochet, mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición— ni ningún otro requisito o condición.<sup>109</sup>

La ley no exige ningún otro requisito o condición, pero recientemente el TS, en su sentencia en el caso Guatemala, ha hecho una interpretación restrictiva de este principio que exige una conexión con intereses españoles.<sup>110</sup> En principio la Audiencia Nacional, en su auto de 13 de diciembre de 2000, había denegado la competencia de los tribunales españoles para conocer del genocidio cometido en Guatemala,<sup>111</sup> argumentando que al no haber leyes en Guatemala que sancionen la impunidad existe la posibilidad de que los tribunales guatemaltecos juzguen los hechos.<sup>112</sup> Concebía

---

<sup>109</sup> Se ha propuesto introducir el principio de justicia universal el requisito de que el caso afecte los intereses españoles, que sería una forma de reconducirlo al principio de personalidad pasiva y al de protección de intereses.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

<sup>111</sup> El Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, en auto de 27 de marzo de 2000, había declarado su competencia para el conocimiento de los hechos, desestimando la solicitud de archivo formulada por el Ministerio Fiscal. El auto del Juzgado de Instrucción defiende que de la documentación presentada por los demandantes se infiere que los hechos se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social (fundamento de derecho primero) y declara su competencia para conocer del delito de genocidio con base en el artículo 23.4 a de la LOPJ (fundamento de derecho segundo). En cambio, respecto de los delitos de terrorismo y torturas dice que quedan integrados en el de genocidio, y en relación con la tortura afirma el juez instructor Guillermo Ruiz Polanco que en su opinión esta no es perseguible de forma autónoma “toda vez que la ausencia de pronunciamiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto no puede llenarse con el contenido del artículo 5.2 de la Convención de 1984, pues en el caso examinado no se da el concreto alcance jurisdiccional extraterritorial al que dicho precepto internacional se refiere” (fundamento de derecho segundo).

<sup>112</sup> Auto de 13 de diciembre de 2000, Pleno de la Sala de lo Penal, razonamiento jurídico segundo. “Ciertamente es que el Art. 23. 4 a) de la LOPJ atribuye un mandato a la sala de lo Penal de la Audiencia nacional, que es la competente a tenor de los Artículos 65 y 88 de la misma Ley, para la persecución del delito de genocidio que se haya cometido fuera del territorio español, pero también lo es que España es parte contratante del Convenio sobre el Genocidio de 09.12.1948 en virtud del Instrumento de Adhesión de 13.09.1968, y en consecuencia, al no haber hecho reserva alguna al Art. 6 del Convenio, se debe cohonstar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el Art. 23.4 a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del Art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (Art. 96 de la Constitución Española y Art. 1.5 del Código civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del *ius cogens* internacional y que ha cristalizado en el propio Art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en los Artículos 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado el 17.07.1998 y firmado por España el 18.07.1998, y con respecto al que se ha autorizado su ratificación por la Cortes Generales por Ley Orgánica 6/2000 (BOE 05.12.2000)”. A continuación recuerda que en sus autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (casos Chile y Argentina) había mantenido que el artículo 6 de la Convención no impide la jurisdicción de otros Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los hechos o de un tribunal internacional, pero destaca también de aquellos autos la siguiente frase: “Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (Art. 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), es que el Art. 6 del Convenio para la prevención y la sanción

con ello la Audiencia Nacional la competencia por el principio de justicia universal de forma subsidiaria. Esta interpretación carecía de base legal y, en mi opinión, respondería únicamente al deseo de frenar una posible avalancha de querellas ante nuestra Audiencia Nacional. La legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia mundial y dicha consideración tampoco existe en el derecho internacional consuetudinario.<sup>113</sup> El auto fue recurrido en casación y el Tribunal Supremo rechazó esta interpretación subsidiaria del principio con el argumento de que “el criterio de la subsidiariedad, además de no estar consagrado expresa o implícitamente en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia. Determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad, real o aparente, de la jurisdicción del lugar, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano [...] una declaración de esta clase, que puede tener extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones internacionales, no corresponde a los Tribunales del Estado”.<sup>114</sup>

Pero una vez rechazada esta limitación incluye otra consistente en la necesidad de un punto de conexión directo con intereses nacionales.<sup>115</sup> Tras admitir que el Con-

---

del delito de genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”. Y concluye que “La postura del Pleno fue por tanto la siguiente: Subsidiariedad de la jurisdicción penal española para el delito de genocidio cuando los hechos son extraterritoriales”. Que este criterio se desprenda del artículo 6 de la Convención me parece bastante discutible, pero en todo caso el criterio de no asumir la competencia cuando otro tribunal de competencia “preferente” ya está conociendo de los hechos me parece bastante juicioso. Lo malo es que la Audiencia da un salto lógico a partir de aquí, pues en los autos de Chile y Argentina se refirió claramente a que los “hechos estuviesen siendo enjuiciados”, mientras que en el caso de Guatemala se conforma con la posibilidad de que vayan a serlo en un futuro, lo que es algo muy distinto. El Pleno de la Audiencia no afirma que el delito esté siendo perseguido en el Estado del territorio, lo que evidentemente no sucede, sino que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito” (fundamento jurídico tercero) y que “no se constata [...] que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar” (fundamento jurídico cuarto), por lo que concluye que “el Pleno de la Sala no seceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el Art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal” (fundamento jurídico quinto).

<sup>113</sup> Véase, en contra de la interpretación de la Audiencia Nacional, Slepoy Prada, “El principio de justicia universal y su regulación en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 140 y ss.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Supremo nº 327/2003, de 25 de febrero de 2003, fundamento sexto.

<sup>115</sup> Fundamentos octavo y noveno.

venio para la prevención y sanción del delito de genocidio no establece expresamente la jurisdicción universal, pero tampoco la prohíbe,<sup>116</sup> afirma que el hecho de que el artículo 23.4 de nuestra LOPJ no establezca ninguna particularidad respecto al régimen de la persecución extraterritorial “no puede ser interpretado de manera que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere”. En opinión del TS, cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto afecte bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público (el principio de no intervención en asuntos de otros Estados),<sup>117</sup> en los casos en que su proclamación no procede de una fuente reconocida en derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el derecho interno,<sup>118</sup> como es el caso del genocidio.<sup>119</sup> Además, “la conexión deberá aparecer en relación directa con el delito que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él [...] la existencia de una conexión en relación con un delito o delitos determinados no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que tal conexión no se aprecie”.<sup>120</sup>

## 2. *Principios de aplicación de la jurisdicción para los crímenes internacionales recogidos en el ordenamiento nacional*

Para el delito de genocidio rige el principio de jurisdicción universal, por el que los tribunales españoles tienen jurisdicción por razón del delito, con independencia de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Este principio no

<sup>116</sup> Fundamento octavo.

<sup>117</sup> Los límites a este principio en lo referente a hechos que afectan derechos humanos solo operarían, según el TS, cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la comunidad internacional, y la posibilidad de intervención acordada en el Convenio contra el Genocidio no es la jurisdicción universal sino el recurso a los órganos competentes de las Naciones Unidas (fundamento noveno).

<sup>118</sup> El TS quiere fundamentar estos límites en la costumbre internacional, y para ello cita una serie de resoluciones de otros países y del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), ninguna de las cuales, sin embargo, aborda el tema de la legalidad o los límites en derecho internacional del ejercicio del principio de justicia universal. En concreto se refiere, por ejemplo, al caso Sharon ante la Corte de Casación belga y al caso Yerodia, en el que el TIJ no entró en la cuestión de la competencia universal sino que se limitó a analizar el tema de la inmunidad, como bien señala el voto particular —en el mismo sentido, Henzelin, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 4, 2002, p. 820—. Como también destaca el voto particular, la sentencia desconoce otras muchas resoluciones de tribunales nacionales y del propio TIJ que han reconocido el principio de justicia universal sin estas limitaciones y que contradicen la pretendida costumbre alegada por el voto mayoritario.

<sup>119</sup> Fundamento noveno.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

está limitado en la ley por ninguna exigencia de conexión especial, pero dicha limitación ha sido introducida por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala.<sup>121</sup>

Respecto de los crímenes contra la humanidad, hasta que se produzca la reforma del Código Penal, a la que se ha propuesto que acompañe una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se otorgue a los nuevos tipos la cualidad de delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal,<sup>122</sup> le son aplicables los tipos del derecho penal común y las reglas generales del artículo 23 de la LOPJ. Por lo tanto, hasta que se produzca la citada reforma, los tribunales españoles serán competentes para conocer de los hechos constitutivos de crimen contra la humanidad aplicando el derecho penal común cuando estos hayan sido realizados en territorio español (artículo 23.1 de la LOPJ) y cuando se hayan cometido en territorio extranjero y el autor ostente la nacionalidad española (y concurren los requisitos establecidos en el artículo 23.2 de la LOPJ), o sea un funcionario público español y haya actuado en el ejercicio de sus funciones (23.3 de la LOPJ), o la víctima sea una autoridad o un funcionario público español, el titular de la Corona, su consorte, su sucesor o el regente (23.3 de la LOPJ), y cuando se haya cometido en el extranjero y sea susceptible de tipificarse conforme al Código Penal español como delito de terrorismo o delito relativo a la prostitución (23.4 de la LOPJ).

En relación con el apartado g del artículo 23.4, se pretendió argumentar la jurisdicción española, con base en el principio de justicia universal, sobre el delito de tortura aludiendo al artículo 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.<sup>123</sup> Sin embargo, en mi opinión este artículo no obliga a España a castigar el delito de tortura con independencia del lugar de su comisión, como sería necesario para aplicar la letra g, sino solo a juzgar en el caso de negarse una extradición que aquí no se ha solicitado (es precisamente el juez español el que solicita la extra-

<sup>121</sup> Véase el apartado anterior.

<sup>122</sup> Véase en este sentido Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 57.

<sup>123</sup> Artículo 5:

“Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el Art. 4 en los siguientes casos:

”Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o buque matriculados en ese Estado;

”Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

”Cuando la víctima sea nacional de ese Estado.

”Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al art. 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente Artículo.

”La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

dición arrogándose la competencia).<sup>124</sup> El juez de Instrucción de la Audiencia Nacional Guillermo Ruiz Polanco tampoco estimó aplicable el artículo 5.2 de la Convención para fundamentar el principio de persecución universal de la tortura en el caso Guatemala.<sup>125</sup> La Audiencia Nacional, en los autos en los que confirma la jurisdicción de los tribunales españoles en los casos de Chile y Argentina, no entra a analizar estos problemas y pasa de puntillas sobre el tema de la existencia o no de competencia de los tribunales españoles sobre el delito de torturas con base en la Convención de 1984.<sup>126</sup> El TS, en su sentencia de 25 de febrero de 2003 en el caso Guatemala, admite la competencia de los tribunales españoles por delitos de tortura, pero no por el principio de justicia universal sino por el de personalidad pasiva, por lo que la reduce a los casos de víctimas de nacionalidad española. El apoyo legal se encuentra en el artículo 23.4 g, que otorga competencia a los tribunales españoles cuando nuestro país ha adquirido una obligación convencional de perseguir que en este caso se encuentra recogida en el artículo 5.1 c de la Convención contra la Tortura.<sup>127</sup>

En relación con los crímenes de guerra los tribunales españoles tienen competencia por el principio de jurisdicción universal sobre las violaciones a los Convenios de Ginebra en virtud del artículo 23.4 g de la LOPJ. Respecto de otros crímenes de

---

<sup>124</sup> A favor de la existencia del principio de jurisdicción universal para el delito de torturas se manifiesta Gómez Benítez, “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y torturas”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 64 y ss., pero todos los textos y opiniones que cita defienden la capacidad, no la obligación de los Estados de asumir la competencia por ese principio, mientras que para aplicar el apartado g debe tratarse de una obligación de asumir la competencia, no de una mera facultad. En su opinión la obligación del artículo 49 del I Convenio de Ginebra de hacer comparecer ante los tribunales propios a los autores de crímenes de guerra o entregarlos a otra parte para su enjuiciamiento es muy parecida a la obligación *aut dedere aut iudicare* que contiene la Convención contra la Tortura. Sin embargo, en mi opinión es clara la diferencia esencial entre ambos preceptos. El principio *aut dedere aut iudicare* no obliga a buscar a delincuentes que no están en poder del Estado y pedir su extradición para juzgarlos, mientras que el artículo 49 sí. Por eso el apartado g es aplicable a los Convenios de Ginebra pero no a la tortura.

<sup>125</sup> Véase *supra* la nota 105.

<sup>126</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 4 noviembre 1998 —recurso de apelación n° 84/1998— (ARP 1998\5943). Fundamento de derecho séptimo: “Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del Art. 23, apartado 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el Art. 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del Art. 5, apartado 1, letra c), de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado 2 del Art. 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”.

<sup>127</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, fundamento duodécimo.

guerra regirán las reglas generales del artículo 23 tal y como hemos visto para los crímenes contra la humanidad, pero respecto de los crímenes de guerra previstos en el Código Penal Militar serán competentes en todo caso los tribunales militares españoles en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del CPM. Sería conveniente la inclusión de todos los crímenes de guerra en el principio de jurisdicción universal.

En relación con el crimen de agresión, al no estar este codificado tampoco hay nada previsto respecto de la competencia de los tribunales españoles. En los casos en que se puedan subsumir los hechos en los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado del capítulo II del título XXIII del Código Penal, serían competentes los tribunales españoles por aplicación del principio de protección de intereses (artículo 23.3 *a* de la LOPJ).

### 3. *Pertenencia de los principios de aplicación de la jurisdicción al derecho penal material o al procesal*

La doctrina discrepa sobre la naturaleza penal o procesal de las normas que regulan la eficacia de la ley penal en el espacio. Así, a pesar de su ubicación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, un sector de la doctrina ha defendido su naturaleza penal.<sup>128</sup> Por el contrario, otro sector doctrinal defiende su naturaleza procesal,<sup>129</sup> y ese mismo carácter le atribuyó la Audiencia Nacional<sup>130</sup> en los casos

<sup>128</sup> Cerezo Mir, Curso I, p. 193, Polaino Navarrete, *Derecho penal. Parte general*, 2001, pp. 450 y ss., Díez Sánchez, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, 1990, pp. 21-22.

<sup>129</sup> Morillas Cuevas, en Cobo (dir.) y otros, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996, p. 119 Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, I, 1955, pp. 21-22 y II, 1957, pp. 12-13.

<sup>130</sup> Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, sección 3ª), de 4 noviembre 1998. Recurso de apelación nº 84/1998 (ARP 1998\5943). Fundamento de derecho tercero: "Aplicabilidad actual del Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como norma procesal ahora vigente. El Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera—, no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma —tal sucede en este caso—, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado Art. 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el Art. 9, apartado 3, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos, derivada de la comisión de un delito de genocidio —la pena—, trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (Art. 25 de la Constitución Española), impone que los hechos sean delito —conforme a las Leyes españolas, según el Art. 23, apartado 4, tan mencionado—, cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por Ley anterior a la perpetración del crimen, pero

contra las dictaduras argentina y chilena, lo que le permitió aplicar la doctrina consolidada de que la aplicación de una norma procesal al enjuiciamiento de un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigor no es una aplicación retroactiva, pues el objeto de las leyes procesales es el proceso, y no los hechos delictivos enjuiciados, por lo que para cumplir con el principio de irretroactividad basta con que se aplique la ley procesal vigente en el momento de celebración del proceso.<sup>131</sup> En el caso Guatemala el juez de Instrucción de la Audiencia Nacional también había rechazado la pretensión del Ministerio Fiscal de archivar las actuaciones por haber sido cometidos los hechos con anterioridad a la promulgación de la LOPJ, recordando que “la determinación de la jurisdicción no es aplicación retroactiva de la ley penal” y que “el artículo 23 de la LOPJ no es norma penal sino procesal en cuanto determinante del ámbito jurisdiccional”.<sup>132</sup> El Tribunal Supremo no se ha manifestado sobre la naturaleza de estas normas.

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

En el sistema legal español, de acuerdo con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con carácter de delito o falta conforme a la ley penal sustantiva. Queda excluida por tanto toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto. El criterio del órgano de la acusación debe ser siempre y exclusivamente la ley.<sup>133</sup> Sin embargo, algunos autores entienden que en nuestro derecho existen manifestaciones del principio de oportunidad, como la regulación de la conformidad del acusado, la necesidad de denuncia en los delitos semipúblicos y querrela en los privados, el perdón del ofendido, etc.<sup>134</sup> Ninguno de ellos es aplicable a los crímenes internacionales y tampoco el procedimiento abreviado, que también se ha visto como una manifestación del principio de oportunidad.<sup>135</sup> Conde Pumpido ve también una manifestación del principio de oportu-

---

no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”.

<sup>131</sup> Otros argumentos a favor de la competencia de los tribunales españoles por el delito de terrorismo en el caso argentino (alguno de ellos no muy convincente) pueden verse en Lamarca Pérez, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 85 y ss.

<sup>132</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>133</sup> Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, p. 139. Ve esta autora la plasmación del principio de legalidad también en el artículo 124 de la Constitución española, el 430 LOPJ y el 3.4 EOMF (p. 202).

<sup>134</sup> En contra Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, pp. 204 y ss.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 213 y ss.

tunidad en la necesidad de denuncia o querrela del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en España como delitos cometidos fuera (artículo 23.2 de la LOPJ),<sup>136</sup> pero este requisito no es aplicable a los delitos perseguibles bajo el principio de jurisdicción universal que se recogen en el punto 4, y además, al admitirse la denuncia o querrela del agraviado en ningún caso se deja a la decisión exclusiva del Ministerio Fiscal la persecución. Ante la noticia de la comisión de un crimen perseguible bajo el principio de justicia mundial un fiscal español tiene la obligación de acusar.<sup>137</sup> Si el Ministerio Fiscal no actuó de oficio en los casos de Argentina, Chile y Guatemala, sino, al contrario, recurrió las decisiones de los jueces, fue porque no compartía las opiniones de estos sobre la calificación jurídica de los hechos y la competencia de los tribunales españoles.<sup>138</sup> Sin embargo, estas afirmaciones se ven matizadas por la interpretación del principio de justicia universal realizada por el TS en su sentencia de 25 de febrero de 2003, que, si bien reconoce la inexistencia del principio de oportunidad en nuestro derecho, exige por vía interpretativa un punto de conexión con intereses españoles.<sup>139</sup>

Personalmente opino que la futura ampliación del número de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal que se pretende y que estimo correcta debería ir acompañada de la inclusión de algún requisito que responda al principio de oportunidad y que impida que nuestros tribunales asuman el puesto de la Corte Penal Internacional.<sup>140</sup> Creo que la introducción de estos criterios en la línea de la legislación alemana habría sido preferible a la limitación del principio realizada por el TS, que lo convierte en una extensión de los principios de protección de intereses y de personalidad pasiva, desnaturalizando su esencia.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad”, en *Poder Judicial*, 1987, pp. 30-31. En contra de que esta exigencia sea manifestación del principio de oportunidad, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991, pp. 204 y ss.

<sup>137</sup> Castresana Fernández, “La figura del acusador público ante el principio de justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 182.

<sup>138</sup> En mi opinión la postura de la fiscalía era correcta en algunos puntos, sin entrar en la valoración del trasfondo político o no de su actuación, que además creo que fue exagerado por los medios de comunicación.

<sup>139</sup> Fundamento octavo: “[...] este Artículo no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima. Y en nuestro derecho penal y procesal penal no está establecido el principio de oportunidad, ni viene incorporado por los tratados suscritos en la materia”.

<sup>140</sup> Desarrollados *infra* en la opinión personal recogida en el punto I.

<sup>141</sup> El voto particular —fundamento 7º— insiste en que se trata de una interpretación *contra legem* y que viene a derogar en la práctica el principio —fundamento 11º.

#### D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

El delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra pueden realizarse conforme a su tipificación actual en la legislación española (acudiendo en algunos casos a los tipos penales comunes) como en la futura (cuando se incluya la tipificación expresa de los que todavía faltan) con cualquier clase de *dolo*. En particular, en relación con el delito de genocidio no existe en el Código Penal español ningún precepto que obligue a una determinada interpretación de los tipos con elementos subjetivos que excluya la posibilidad de su comisión con *dolo eventual*, y esta última es dogmáticamente posible.<sup>142</sup>

El Código Penal español ha adoptado el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes, de manera que estos solo se castigan cuando ello esté expresamente previsto en la ley, lo que ocurre con un número muy limitado de delitos. El legislador ha renunciado al castigo del genocidio imprudente y de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado imprudentes. Pero la posibilidad recogida en el Estatuto de la CPI de exigir responsabilidad al superior jerárquico también en caso de imprudencia<sup>143</sup> exigiría la tipificación expresa de las omisiones imprudentes del superior. A este respecto debo añadir que en mi opinión es dogmáticamente imposible la comisión imprudente (por acción o por omisión) de un genocidio,<sup>144</sup> por lo que la responsabilidad imprudente del superior deberá articularse necesariamente en este caso a través de un delito de omisión pura. Por otra parte, la técnica legislativa utilizada para tipificar los crímenes de guerra en el actual CP español, que no recoge expresamente los delitos ya existentes como tipos del derecho penal común sino que remite a estos últimos en caso de producirse tales resultados (así, por ejemplo, no se castiga el homicidio de una persona protegida sino que se remite a las figuras de los delitos contra la vida en caso de producirse el resultado de muerte), hace que sea posible también la aplicación del homicidio imprudente si tal fuera el resultado producido. Y lo mismo ocurrirá con los crímenes contra la humanidad mientras les sean aplicables los tipos comunes allí donde exista el tipo

---

<sup>142</sup> Sobre la compatibilidad de la existencia de un elemento subjetivo trascendente y el *dolo eventual* y sobre la posibilidad de comisión del genocidio con *dolo eventual* véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 231 y ss. Admite también un elemento volitivo equivalente al del *dolo eventual* Beltrán Ballester, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, p. 42. En contra de la opinión más extendida, que exige una determinada intensidad en el elemento intencional, véanse Schabas, en Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 109; Miaja de la Muela, “El genocidio, delito internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951, p. 389; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994, p. 158; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2001, p. 725.

<sup>143</sup> Véase el artículo 28 del Estatuto.

<sup>144</sup> En contra de la posible comisión imprudente del genocidio se muestra mayoritariamente la doctrina. Véase por todos Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 261, con ulteriores citas de la doctrina española y alemana. Sobre la comisión por omisión del genocidio véase *ibidem*, pp. 261 a 283.

imprudente correspondiente: homicidio por imprudencia (artículo 142 del CP), lesiones imprudentes (artículo 152 del CP). Las propuestas de reforma no incluyen formas imprudentes de los crímenes contra la humanidad, pero tampoco proponen la modificación de la remisión a los delitos de resultado de los crímenes de guerra.<sup>145</sup>

En todo caso, aunque el hecho imprudente no esté tipificado como delito internacional, siempre serán aplicables por los tribunales españoles, si tienen jurisdicción conforme a dicha calificación, los tipos comunes imprudentes en los que la conducta sea subsumible.

El *error* está regulado en el artículo 14 del Código Penal español. La opinión dominante mantiene que en los apartados 1 y 2 de este artículo, a pesar de la poco afortunada referencia a un “hecho constitutivo de la infracción penal”, se regula el error de tipo, mientras que en el apartado 3 se regula el error de prohibición.<sup>146</sup> La mayor parte de la doctrina española defiende que nuestra regulación del error de prohibición responde a la llamada teoría de la culpabilidad,<sup>147</sup> si bien un sector minoritario pero altamente cualificado mantiene otras opiniones.<sup>148</sup> El acuerdo ya no es tan amplio a la hora de decidir si nuestro Código acoge la teoría de la culpabilidad pura, es decir, la variante que defiende que el error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición,<sup>149</sup> o la teoría de la culpabilidad restringida, según la cual el citado error es o debería ser tratado como un error de tipo.<sup>150, 151</sup>

A pesar de la estricta regulación del error de prohibición en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,<sup>152</sup> no parece conveniente modificar la regulación española en relación con los crímenes internacionales, pues, por un lado, cualquier restricción de los efectos del error de prohibición o de tipo que infringiese el principio de culpa-

<sup>145</sup> Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, en Documentos, nº 6, 2002; CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 87 y ss.

<sup>146</sup> Véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, pp. 124 y ss., Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte general*, 1999, p. 680.

<sup>147</sup> Sobre esta teoría de forma sucinta véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, pp. 121 y ss.

<sup>148</sup> Véase Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 573, Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte general*, 1999, pp. 681-682.

<sup>149</sup> De esta opinión, por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 124 y 133.

<sup>150</sup> Así, por ejemplo, Torío López, “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal”, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, pp. 110-111.

<sup>151</sup> El documento “Elementos de los crímenes” parece rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo al señalar que “los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o a su inexistencia”. “Elementos de los crímenes”, Introducción general, punto 5.

<sup>152</sup> En opinión de Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 56— ello se debe a que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito del error de hecho (de tipo), no existe un acuerdo sobre el concepto *error de derecho* y su tratamiento.

bilidad sería contraria a la Constitución Española por atentar contra la dignidad humana<sup>153</sup> y, por otro lado, aun con la regulación aparentemente más amplia de nuestro Código Penal es posible cumplir en la mayor parte de los supuestos con las exigencias del ECPI. Para empezar, el Estatuto nada dice sobre la posibilidad de apreciar un error de prohibición vencible, pues solo parece rechazar el efecto eximente, es decir, la posibilidad de apreciar un error invencible.<sup>154</sup> Nada en el Estatuto impide el efecto atenuante del error de prohibición vencible; más bien al contrario, la existencia de dicho error debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la pena conforme a la exigencia de proporcionalidad plasmada, aunque sin una suficiente determinación de los criterios cuantificadores desde la perspectiva garantista del derecho continental, en el artículo 78.1 y en los artículos 81.2 y 83.3 del Estatuto.<sup>155</sup> Por ello solo quedaría la discrepancia entre nuestra legislación y el Estatuto en relación con los errores de prohibición directos invencibles, que como vamos a ver se reducirán al ámbito de los crímenes de guerra<sup>156</sup> no consistentes en conductas contra bienes jurídicos fundamentales. Ello es así porque puede afirmarse que en España ningún tribunal admitiría como cierta la alegación de un error de prohibición directo invencible en los supuestos de genocidio y crímenes contra la humanidad, al tratarse de lesiones de bienes jurídicos fundamentales que constituyen el núcleo duro del derecho penal, por lo que nadie puede esperar que se dé crédito a su pretensión de desconocimiento invencible de prohibiciones como la de matar o lesionar.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> La doctrina española otorga rango constitucional al principio de culpabilidad mediante su conexión con el artículo 10 de la CE —véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 16—. Algunos autores pretenden que el principio de culpabilidad se halla implícito en el de legalidad recogido en el artículo 25 de la CE —véase Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, 1999, p. 544, nota 36; Córdoba Roda, “Principio de legalidad penal y Constitución”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 92-93.

<sup>154</sup> Y aún esto no está claro dada la redacción del artículo 32.2 —véase Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 568, marg. 31—. Sin embargo, en contra de lo que este autor opina, creo que entender que en el precepto se regula sólo el error sobre la competencia de la Corte es decisivo, pues quedaría sin regular el error de prohibición directo y por lo tanto sería posible su aplicación acudiendo a los artículos 21.1 c y 78 del Estatuto.

<sup>155</sup> Así también Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 567, marg. 27, El Grupo de Estudios de Política Criminal ve acertadamente en estos artículos recogida la exigencia de proporcionalidad —*Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 36.

<sup>156</sup> El CEDIH propone la inclusión de un precepto que limite los efectos de la obediencia debida y de la eficacia del error de prohibición exclusivamente para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado —*Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 107 y s.—, lo que en mi opinión no resulta adecuado por infringir el principio de culpabilidad.

<sup>157</sup> El Tribunal Supremo español ha señalado en jurisprudencia constante que no cabe invocar el error de prohibición en “infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” —sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1987 (Ar. 6478), 11 de octubre de 1996 (Ar. 7457), 23 de junio de 1999 (Ar. 5837), entre otras—. La expresión es quizás poco afortunada y el TS debería más bien aludir a lo que la doctrina conoce como el núcleo central del derecho penal representado por acciones u omisiones que suponen

Únicamente cabría un error indirecto, es decir, a través de la creencia del autor de estar amparado por una causa de justificación, en especial la de obrar en el ejercicio legítimo de un deber de obediencia a una orden o disposición legal,<sup>158</sup> pero en mi opinión la legislación española también coincide en este punto con las exigencias del Estatuto, pues la orden de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad sería manifiestamente antijurídica y por ello carente de obligatoriedad,<sup>159</sup> y, siguiendo

---

una grave infracción de las normas ético-sociales realmente vigentes en la sociedad y en el que la existencia de un error de prohibición es muy difícil y en caso de existir sería probablemente vencible. Ciertamente no es unánime la opinión doctrinal que descarta en cualquier caso un error de prohibición en este ámbito, pero la verdad es que los ejemplos que se ponen para ilustrar tal posibilidad de error lo son de error indirecto, nunca directo —véase por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 127.

<sup>158</sup> Resulta difícil imaginar supuestos de crímenes internacionales cometidos con error sobre la concurrencia de los elementos objetivos de otras causas de justificación diferentes, pero no imposible. Piénsese en el caso en que alguien actúe creyéndose amparado por un derecho a las represalias —sobre la discusión acerca de este supuesto derecho véase la exposición de motivos al § 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional, punto f— o que crea que la legítima defensa ampara las actuaciones posteriores al ataque recibido y pueda demostrar la invencibilidad de su error —esto sería francamente difícil en ambos casos si se es honesto en la argumentación científica—. En el supuesto en que un sujeto creyera con error invencible que le ampara una causa de justificación inexistente o que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación existente, la solución dada por el ordenamiento español admitiendo la exclusión de responsabilidad sería más acorde con el principio de culpabilidad que la de negar el efecto exculpatorio. Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 562, marg. 14— entiende que el Estatuto permite aplicar la regla del error de hecho también a los casos en que el error lo es sobre los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación, aunque en este caso no quede eliminado el elemento intencional en sentido estricto (el dolo típico). Pero, en mi opinión, aunque esa solución sería preferible, el término “únicamente” del artículo 32.1 del ECPI se opondría a esta analogía si entendemos el elemento intencional como el dolo típico (como también lo hace Triffterer al admitir que este no queda eliminado) y, a la vez, admitimos que el párrafo 5 de la introducción a los “Elementos de los crímenes” rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, Triffterer entiende que podría concederse relevancia al error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación a través de la aplicación del derecho nacional como fuente de acuerdo con el artículo 21.1 c del Estatuto. En mi opinión, si esto fuera posible a pesar redacción taxativa del artículo 32.1, con la misma argumentación se podría dar relevancia al error de prohibición directo invencible. Pero creo preferible entender que el término “elemento de intencionalidad” del artículo 32, párrafos 1 y 2, no hace referencia al dolo típico, sino que puede incluir la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, debido a la falta de distinción en otros sistemas jurídicos de estos elementos que aparecen en ocasiones unidos bajo la denominación *mens rea*, y que el primer inciso del párrafo 2 excluye solo el efecto del error sobre la competencia de la Corte; ello nos permitiría conceder relevancia tanto a un error sobre los elementos de una causa de justificación (con independencia de que lo consideremos error de prohibición, como creo más correcto, o de tipo, como hace Triffterer), como a un error sobre la existencia o alcance de una causa de justificación (represalias, legítima defensa posterior...) o incluso a un error de prohibición directo. En este sentido véase otra posible interpretación de estos preceptos que los hagan compatibles con el principio de culpabilidad en la nota 161.

<sup>159</sup> Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 410.2 y 411 del CP; véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p.306, y pp. 223 y ss. La doctrina es unánime en la afirmación de que los mandatos evidentemente antijurídicos no son obligatorios. Para determinar cuándo un mandato es evi-

la misma argumentación que en el caso del error directo, resultaría difícilmente creíble la argumentación de un error *invencible* sobre dicha obligatoriedad. En el caso de los crímenes de guerra, en cambio, la situación es diferente. Debería en mi opinión negarse igualmente la posibilidad de un error de prohibición invencible, tanto directo como mediante alegación de la creencia de la obligatoriedad de la orden en los casos de crímenes contra bienes jurídicos fundamentales, por los mismos argumentos esgrimidos respecto del genocidio y los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, los crímenes de guerra comprenden además otras conductas, las relativas a medios o métodos de combate prohibidos, cuya ilicitud puede no ser tan evidente para cualquier sujeto (sobre todo si se piensa que los tribunales españoles podrían juzgar a individuos provenientes de otros ámbitos culturales distintos por el principio de jurisdicción universal) y en los que por tanto debe admitirse un error de prohibición tanto directo como indirecto, aunque el Estatuto parece<sup>160</sup> permitir solo este último y exclusivamente en relación con la obediencia debida.<sup>161</sup>

---

dentamente antijurídico se proponen diferentes criterios. La mayoría opta por un criterio objetivo, que puede ser que la orden fuera antijurídica cualesquiera fuesen las circunstancias del caso concreto (Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 225, nota 60, siguiendo a Stratenwerth), que lo fuera para un funcionario medio (Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1960, p. 340), que lo fuese para un hombre medio colocado en la posición del subordinado en el momento de la acción, desde una perspectiva *ex ante* (Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, p. 499), o para un funcionario medio, *ex ante*, con los conocimientos especiales del autor (Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, 1987, p. 283).

<sup>160</sup> Véanse otras posibles interpretaciones del Estatuto en las notas 158 y 161.

<sup>161</sup> El Grupo de Estudios de Política Criminal defiende que debería rechazarse la aplicación de la obediencia debida respecto de los crímenes de guerra sin percatarse de la fundamental diferencia entre las conductas que engloba esta categoría —*Una propuesta de justicia penal internacional*, 2002, p. 33—. A pesar de la aparentemente estricta regulación del error de prohibición en el ECPI, que excluiría toda posibilidad de efecto eximente de este, Melendo defiende una interpretación del artículo 32.2 que permitiera conceder relevancia a un error de prohibición tanto directo como indirecto. Tal interpretación consistiría en entender que el error de derecho al que se refiere el artículo 32.2 puede ser tanto un error sobre un elemento normativo del tipo, en cuyo caso daría lugar a la exclusión del dolo, como un error de prohibición (directo) que excluiría la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. El error de hecho al que se refiere el apartado 1 comprendería el error sobre un hecho constitutivo del tipo, que excluiría el dolo, y el error sobre un hecho constitutivo del tipo de una causa de justificación, que, conforme a la teoría de la culpabilidad pura, excluiría la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. Tanto el dolo como la conciencia de la antijuridicidad de la conducta estarían abarcados por el término “elemento de intencionalidad”, que habría sido concebido como el viejo “dolo malo”, y sería tarea de la doctrina y la jurisprudencia distinguir los supuestos para resolver conforme a la moderna dogmática. Esta concepción estaría permitida por el artículo 30 al referirse al conocimiento de los “elementos materiales del crimen”, que podría interpretarse como los elementos del concepto de delito, entre los que se encuentra la antijuridicidad, mientras que para hacer referencia a los elementos típicos ya no se alude a los elementos materiales del crimen sino a los “elementos de los crímenes” —véase “Elementos de los crímenes”, Introducción general—, por lo que la referencia a que estos no incluyen el elemento *ilicitud* no significa que este no forme parte de los “elementos materiales del crimen” si ambos no se

La aplicación de un error de tipo que convierte la infracción en imprudente determinaría la impunidad del hecho como crimen internacional, al no estar previstos en la legislación española, igual que en el Estatuto, los tipos imprudentes de crímenes internacionales,<sup>162</sup> lo que coincide con la regulación del error de tipo en el Estatuto,<sup>163</sup> pero ello no impide la aplicación del precepto penal común correspondiente del Código Penal español en el caso de que España siguiera teniendo competencia para juzgar el hecho como delito común. Por ejemplo, quien mate a una persona protegida sin conocer el carácter especial de la víctima (creyendo que se trata de persona no protegida) no comete un crimen de guerra (pues este es necesariamente doloso y el crimen de guerra imprudente es impune), pero podrá ser juzgado por homicidio si los tribunales españoles tienen competencia sobre el homicidio común cometido (por los principios de territorialidad, personalidad activa o protección de intereses).<sup>164</sup>

Por otra parte, aunque el Estatuto haya adoptado la vieja y errónea distinción entre error de hecho y error de derecho, debido a la necesidad de conciliar sistemas jurídicos que no trabajan con las mismas categorías dogmáticas, puesto que se alude a la posibilidad de que también el error de derecho excluya el elemento de intencionalidad, la regulación del Estatuto es finalmente reconducible a la moderna y correcta distinción entre error de tipo y error de prohibición. Por lo tanto, también en el Estatuto un error de tipo de derecho (sobre un elemento normativo)<sup>165</sup> excluye el dolo.<sup>166</sup>

---

identifican. Melendo Pardos, conferencia pronunciada en el curso de Enseñanza Abierta “Derecho penal internacional: el homicidio y otros crímenes internacionales” el 19 de abril de 2002, inédita.

<sup>162</sup> Salvo los supuestos de omisión imprudente del superior jerárquico.

<sup>163</sup> Artículo 32.1: “El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”. En opinión de Triffterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 56, marg. 11—, esta regulación se corresponde con un principio generalmente aceptado en derecho penal: la ausencia de dolo determina la falta de culpabilidad en tanto no existe responsabilidad por imprudencia en el Estatuto. Por otra parte, aunque el Estatuto se refiera al error sobre un hecho, al ser evidente la necesidad de un elemento intelectual para la comisión de los crímenes, el error de derecho que excluyera dicho elemento (es decir, el error sobre un elemento normativo del tipo) tendría el mismo efecto que el error de hecho. En mi opinión, el error de tipo sobre un elemento normativo puede reconducirse al apartado 2 del artículo 32. Véase a continuación en el texto.

<sup>164</sup> En este ámbito deberá estudiarse la posibilidad de apreciar un error de prohibición indirecto por la creencia del autor de que concurren los presupuestos de la causa de justificación de actuar en cumplimiento de un deber si, por ejemplo, el sujeto era un miembro del ejército y creyó que la víctima era un combatiente que no se encontraba en una situación de persona protegida. Si el error es invencible, la conducta quedará exenta de pena; si es vencible, se atenuará la pena en uno o dos grados (aplicando la teoría de la culpabilidad pura).

<sup>165</sup> A esta posibilidad hace referencia expresa el documento “Elementos de los crímenes”, Introducción general, punto 4.

<sup>166</sup> Ello viene confirmado, en mi opinión, por lo establecido en el punto 4 de la Introducción a los “Elementos de los crímenes”. En sentido similar, Triffterer, *Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 562, marg. 12 y 563, marg. 17, aunque él los reconduce en ocasiones al párrafo 1 del artículo 32.

El específico error de subsunción al que se refiere el artículo 32.2, primera frase (que el crimen sea de la competencia de la Corte), es también irrelevante en nuestro derecho sin necesidad de regulación expresa.

La punición de la *tentativa* de delito y el efecto de su desistimiento se regulan en los artículos 15 y 16 del CP español. La doctrina mayoritaria entiende que la regulación de la tentativa en nuestro Código Penal responde a una concepción objetiva que dejaría impune la tentativa inidónea,<sup>167</sup> es decir, la no peligrosa desde el punto de vista *ex ante*,<sup>168</sup> pero esta opinión no es unánime,<sup>169</sup> ni tampoco la definición de lo que debe entenderse como tentativa inidónea.

Por otra parte, el Código Penal de 1995 hace referencia a la producción del resultado, mientras que el Código Penal anterior hablaba de “producir como resultado el delito”. Sin embargo, en mi opinión la palabra *resultado* del artículo 16.1 debe seguir interpretándose como realización del delito,<sup>170</sup> como consumación en sentido formal, pues entender el resultado como resultado material impediría la apreciación de tentativa en los delitos de mera actividad en los que aquella es posible a través de un error inverso de tipo, mientras que entenderlo en sentido valorativo (exigir la efectiva producción de un desvalor del resultado) impediría castigar la tentativa en delitos de resultado material cuya consumación formal se produce antes de la lesión del bien jurídico (de resultado cortado y mutilados de varios actos), como es el caso del genocidio.<sup>171</sup> El Estatuto, con más acierto, habla en su artículo 25.3 *f* de que “el crimen no se consume”.

En el nuevo Código Penal el desistimiento ha pasado a convertirse en una causa personal de exclusión de la responsabilidad, y no puede mantenerse ya, como se hacía con el Código anterior, que la ausencia de desistimiento sea un elemento del tipo de la tentativa, pues el desistimiento beneficia solo al que desiste y no a los partícipes que responderán por el subsistente tipo de tentativa.<sup>172</sup> Por otra parte, es preciso que en caso de autor

<sup>167</sup> Así por ejemplo, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 201 y ss.

<sup>168</sup> En el momento de dar comienzo la acción, en un juicio de previsibilidad objetiva aparece como imposible o absolutamente improbable la realización del tipo. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 195 y 201 y ss.; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 462 y ss., 473 y 474; Sola Reche, “Sobre el concepto de tentativa inidónea”, en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 781 y 782.

<sup>169</sup> Algunos autores entienden que no quedaría excluida toda tentativa inidónea. En este sentido, con diferentes criterios: Bacigalupo Zapater, *Principios de derecho penal*, 1997, p. 340; Gracia Martín, “El ‘iter cirminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, pp. 278 y ss.

<sup>170</sup> Así Gracia Martín, “El ‘iter cirminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, pp. 261 y ss.

<sup>171</sup> Gil Gil, *Derecho penal internacional*, pp. 179 y ss.

<sup>172</sup> Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 192 y ss. En el mismo sentido, Faraldo Cabana la califica de causa de levantamiento de la pena —*Causas de levantamiento de la pena*, 2000, pp. 61 y ss.—. En contra, Mir Puig —*Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 349— opina que es un elemento del tipo de la tentativa.

único el resultado no se produzca, mientras que en el supuesto de varios codefincuentes basta para eximir de responsabilidad que el autor intente impedir seria, firme y decididamente la consumación. Sin embargo, en el Estatuto parece que se exige siempre la no producción del resultado, pues al decir “desista o impida de otra forma” parece que el desistimiento ha debido ser una forma de impedir la consumación.

El Código Penal español carece de una regulación del desistimiento en los actos preparatorios, y este grave defecto es insubsanable a través de la analogía por lo dispuesto en el artículo 4.3º del CP.<sup>173</sup> Tampoco el Estatuto regula el desistimiento en los actos preparatorios, pues el artículo 25.3f se refiere únicamente a la imposibilidad de castigar por tentativa, pero en él no se prohíbe la analogía favorable al reo.

No se establece ninguna especialidad respecto de la tentativa y el desistimiento para los delitos internacionales ni tampoco está prevista en la futura reforma.

En el Código Penal español se castiga con carácter general al *autor* (directo, mediato o coautor), al inductor, al cooperador necesario y al cómplice.

El *encubrimiento*, que en derecho penal español constituye un delito contra la administración de justicia y no una mera forma de participación,<sup>174</sup> se castiga únicamente respecto de ciertos delitos, entre los que se encuentran el genocidio, el terrorismo y el homicidio (que, recordemos, sigue siendo la figura aplicable tanto a la muerte constitutiva de un crimen de guerra como de un crimen contra la humanidad mientras estas no se regulen expresamente) y, en todo caso, sea cual fuere el delito encubierto, cuando el encubridor ha obrado con abuso de funciones públicas.

Las propuestas de reforma proponen una modificación de este precepto para incluir los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad<sup>175</sup> como delitos cuyo encubrimiento da lugar a la comisión del delito tipificado en el artículo 451 y así se ha acogido en el proyecto de modificación del CP.<sup>176</sup>

También se castiga con carácter excepcional, solo respecto de determinados delitos, entre los que se encuentran los delitos contra la comunidad internacional (artículo 615), bajo cuyo título se engloban por el momento el genocidio y los crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y tras la próxima

---

<sup>173</sup> Solo podría aplicarse una atenuante por analogía y solicitar el indulto, pero no una eximente. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, pp. 173-174.

<sup>174</sup> En el Código Penal anterior se regulaba, junto a las formas de participación delictiva, lo que había sido ampliamente criticado por la doctrina. Véanse al respecto las opiniones citadas por Gili Pascual, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, 1999, pp. 141 y ss. El autor citado opina, sin embargo, que la referencia a la Administración de Justicia no basta para definir el bien jurídico protegido, sino que es necesario concretarlo en “la necesidad jurídica del proceso” —véanse en especial las pp. 231 y ss.

<sup>175</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.

<sup>176</sup> Se modifica la letra a del apartado 3º del artículo 451 para incluir, tras el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

reforma también los crímenes contra la humanidad, los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir.

También es punible en derecho penal español, y esta vez con carácter general, la asociación ilícita (artículos 515 a 521 del CP), que se define en el artículo 515 del CP.<sup>177</sup>

### **I. Punibilidad de las conductas omisivas**

Las conductas omisivas se castigan en el Código Penal español a través de determinados delitos de omisión pura, es decir, tipos penales que castigan la no realización de determinada conducta, sin más requisitos, o a través de los delitos de comisión por omisión, regulados en el artículo 11 del CP mediante una cláusula general en la que se establecen los requisitos típicos y que habrá que poner en relación con los delitos de resultado de la parte especial del Código. A pesar de la deficiente redacción del precepto, la doctrina siempre ha entendido que la exigencia de una posición de garante y la equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto eran dos requisitos independientes y cumulativos, de manera que puede existir una posición de garante del omitente respecto del bien jurídico —por ejemplo, del padre respecto de la indemnidad sexual de su hija menor de edad— y sin embargo no ser equivalente la conducta de agredir sexualmente y la de no impedir dicha agresión, en cuyo caso no podría castigarse al padre como autor de una agresión sexual en comisión por omisión.<sup>178</sup> Tampoco está conforme la doctrina con la definición formal de las posiciones de garante por la que ha optado el precepto, pero frente a esta deficiencia solo es posible una interpretación restrictiva, con un criterio material, y nunca extensiva por imperativo del principio de legalidad y por la prohibición de la analogía.<sup>179</sup> Además, a pesar de la redacción del precepto, no todos los delitos de resultado

---

<sup>177</sup> El delito de asociación ilícita se regula en los artículos 515 a 521. El primero de ellos contiene su definición:

“Art. 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

”1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

”2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

”3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

”4º Las organizaciones de carácter paramilitar.

”5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

”6º Las que promuevan el tráfico ilegal de personas”.

<sup>178</sup> Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 2001, p. 267.

<sup>179</sup> Véase *ibídem*, p.266. En cambio, si admitiéramos que el artículo 28 del Estatuto regula también la comisión por omisión y exige posición de garante, esta sería definida en todo caso con un criterio material, más amplio que el del CP español, pues se conforma con el control de facto —véase Fenrick,

de la parte especial son susceptibles de comisión por omisión por el simple hecho de contar con un resultado típico, pues en ocasiones, como sucede precisamente con la mayoría de las modalidades de comisión del delito de genocidio, la estructura dogmática del delito impide su comisión por omisión,<sup>180</sup> aunque sí será posible castigar al sujeto por los homicidios, lesiones, etc. mediante los cuales se realizó el genocidio, cometidos en comisión por omisión si se dan los requisitos del artículo 11 respecto de dichos delitos, o mediante un tipo de omisión pura o propia de no impedir la comisión de ciertos delitos.

Los delitos de omisión pura o propia son escasos en nuestro Código y se castiga siempre únicamente la comisión dolosa. En relación con las conductas constitutivas de delitos internacionales interesa destacar la existencia de los delitos de omisión pura de no poner en conocimiento de la autoridad la comisión de determinados delitos (artículo 450.2º del CP), no impedir la comisión de determinados delitos (artículos 407 y 450 del CP) y no perseguir la comisión de un delito (artículos 407, 408 y 450 del CP), pues todos ellos coinciden con las conductas que dan lugar a la responsabilidad del superior jerárquico en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A diferencia de lo interpretado por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente), la mera no realización de estas conductas no da lugar a la imputación del delito no denunciado, impedido o perseguido, sino a la comisión de un delito distinto, de omisión pura, y por lo tanto menos grave. Para poder imputar el delito no impedido (nunca el meramente no denunciado o perseguido) deberían darse los requisitos establecidos en el artículo 11 del CP (posición de garante y equivalencia entre la acción y la omisión desde el punto de vista del contenido de injusto) y en ese caso sí podremos castigar al sujeto como autor del delito no impedido realizado en comisión por omisión (dolosa o imprudente si el correspondiente delito de acción de resultado es punible también en su forma imprudente) y con la misma pena que señala la ley para su comisión activa. También vamos a poder castigar, en aplicación del artículo 11 del CP, como autores de delitos internacionales en comisión por omisión a otros sujetos que no sean superiores jerárquicos del que cometió directamente el delito pero que ocupaban una posición de garante respecto del bien jurídico lesionado (por ley, contrato o previa creación de un riesgo) si se da además el requisito de la equivalencia.

---

en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 28, margs. 7 y 18.

<sup>180</sup> La finalidad específica exigida en el tipo del genocidio, que lo convierte en un delito de resultado cortado, y que se corresponde por lo tanto materialmente (en relación con el desvalor de resultado: destrucción del grupo) con lo injusto de una tentativa impide en mi opinión su comisión por omisión en aquellas modalidades que pueden equipararse a la tentativa inacabada. Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 267 a 282.

## II. Responsabilidad especial del superior jerárquico

La evidente diferencia, tanto punitiva como de contenido de injusto, existente entre los delitos de omisión pura (que además solo se castigan en su forma dolosa) a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, y la interpretación que la jurisprudencia internacional y una parte de la doctrina han hecho de los preceptos que regulan la responsabilidad del superior, junto con la imposibilidad de apreciar en todos los supuestos previstos en estos últimos un delito de comisión por omisión por no darse los requisitos del artículo 11 del CP,<sup>181</sup> han motivado la propuesta de introducción en la reforma del CP español de un precepto que establezca el castigo expreso del superior jerárquico por no impedir o no castigar o denunciar la comisión de los delitos anteriores por sus inferiores.<sup>182</sup> Así lo recoge el proyecto de LO de modifica-

---

<sup>181</sup> La doctrina suele afirmar que la posición de garante del superior jerárquico viene definida en los artículos 86 y 87 del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra. Así el CEDIH, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 103; Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, 1997, p. 398; el mismo, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 392. Sin embargo, en mi opinión, tal posición de garante dimanante de dicho texto no está tan clara, y en todo caso solo sería aplicable a una parte de los posibles sujetos a que se refiere el artículo 28 del Estatuto, los combatientes en un conflicto armado, y únicamente en relación con los crímenes contemplados en los citados convenios y protocolo. En primer lugar podría cuestionarse que el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra establezca una obligación legal de actuar en el sentido exigido por el artículo 11 del CP, ya que la obligación de evitar resultados lesivos para los bienes jurídicos no es general sino referida exclusivamente a aquellos resultados que sean delictivos y que sean causados por los subordinados; en segundo lugar, las obligaciones de impedir o castigar la comisión de delitos se refieren solo a las infracciones de dichos convenios, mientras que para otros delitos —crímenes contra la humanidad y genocidio— no están previstas esas obligaciones; y además, los artículos 86 y 87 del Protocolo en realidad establecen que no se exime de responsabilidad penal o disciplinaria al superior y que los Estados exigirán a los superiores que tomen medidas para impedir o castigar las violaciones de los Convenios por los subordinados. De hecho la regulación contenida en el artículo 476 del CP, que castiga al militar que no impide o denuncia la rebelión de las tropas bajo su mando, indica que ciertamente puede existir una mayor gravedad en la inactividad del superior militar (en relación con la de otro sujeto subsumible en el 407 o en el 450 CP), que podría identificarse con un mayor desvalor de la acción —por el efecto criminógeno que crea su inactividad (peligrosidad para otros bienes jurídicos, aquí relativos a la forma de Estado además de la lesión al bien jurídico Administración de Justicia)— o con una mayor reprochabilidad de la conducta del superior frente a la de otro sujeto, pero también indica que nuestro CP no le otorga posición de garante en todo caso al superior respecto de sus tropas, porque no se aplica el artículo 11 del CP sino que se crea un delito de omisión pura en el que se lo castiga con una pena inferior en caso de no impedir y con la inferior en su mitad inferior si no denuncia o persigue. También el hecho de que el Protocolo no exija responsabilidad penal sino que se conforme con una sanción disciplinaria puede interpretarse contra la asunción de una posición de garante y el castigo por comisión por omisión.

<sup>182</sup> Así el CEDIH, en *Revista Española de Derecho Militar*, n° 78, 2001, p. 103, argumenta que la cláusula general que penaliza la comisión por omisión del artículo 11 del CP no será suficiente al no darse en ocasiones el requisito de la equivalencia. Sin embargo, opina que la posición de garante del superior se deriva de los artículos 86 y 87 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977. Pero si el requisito de la equivalencia no se da, puede parecer injusto y contrario al principio de propor-

ción del CP, que incluye un nuevo artículo 615 *bis* en el que se regula la responsabilidad de la autoridad militar (legal o de facto) o del superior por no evitar (de forma dolosa o por imprudencia grave) o no perseguir (de forma dolosa) la comisión de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por sus inferiores. En el caso de no evitación se castiga con la misma pena que al autor, y en el caso de no perseguir, con la pena inferior en uno o dos grados para la autoridad militar (legal o de facto) y siempre en dos grados para el superior que no es autoridad militar. También se castiga, con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años, al funcionario o autoridad que sin ser superior jerárquico, y faltando a la obligación de su cargo, deje de promover la persecución de dichos delitos.

Sin embargo, en mi opinión la imputación del delito cometido por el inferior al superior en los casos en que no se dieran los requisitos del artículo 11 podría resultar desproporcionada.<sup>183</sup> Por otra parte, aunque parezca que esta ha sido la interpretación de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, entiendo que no se deriva del artículo 28 del Estatuto la necesidad de imputar el delito no impedido o no denunciado o perseguido en comisión por omisión castigándolo con la misma pena que el autor directo por acción del hecho, en especial cuando en el mismo precepto se recogen los casos de imprudencia de evidente menor gravedad que los dolosos, lo que deberá ser tenido en cuenta por el juez a la hora de establecer la pena de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto,<sup>184</sup> sino solo la obligación de castigar la inactividad del superior. En mi opinión los supuestos de no equivalencia entre la acción y la omisión, así como aquellos en que no exista posición de garante del superior, deberían castigar-

---

cionalidad el castigar estos supuestos con la misma pena que el delito de acción, cuya equivalencia desde el punto de vista del contenido de injusto se ha negado. Véase sobre este tema a continuación en el texto. El mismo precepto aparece en la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal —*Una propuesta de justicia penal internacional*, en Documentos, n° 6, 2002, pp. 51 y 52—, si bien aquí se distinguen dos niveles de responsabilidad: uno para los jefes que no impidan dolosa o imprudentemente la comisión de un delito por sus inferiores, a quienes se castiga con la misma pena que a los autores en caso de dolo y con pena inferior en caso de imprudencia, y otro para los que no promuevan la persecución, castigados con una pena siempre inferior. Parece admitir así la propuesta la responsabilidad del superior en comisión por omisión por el delito no impedido, mientras que aplica un delito de omisión pura para el no perseguido.

<sup>183</sup> Cabe, sin embargo todavía una argumentación para reclamar la misma pena para la omisión no equivalente a la acción: entender que la disminución de injusto de la omisión se ve compensada por un aumento de la reprochabilidad del superior jerárquico frente a la que le correspondería a cualquier otro omitente, lo que justificaría que la pena para estos sujetos por su omisión pura fuese superior a la de una omisión pura de otro sujeto alcanzando la gravedad de la pena correspondiente a la comisión por omisión. Pero personalmente no me convence que el aumento de reprochabilidad, si lo hay, pudiera hacer superar el marco penal abstracto que correspondería al delito de omisión pura para elevarlo al de comisión por omisión. Véase la nota 181.

<sup>184</sup> En el mismo sentido Triffiterer —*Commentary on the Rome Statute*, 1999, p. 567, marg. 27— propone una atenuación de la pena para los supuestos de imprudencia con apoyo en el artículo 78.

se como delitos de omisión pura (dolosos e imprudentes) con una pena inferior, y aquellos casos en que se diera la posición de garante y el requisito de la equivalencia deberían reconducirse (mediante el concurso de leyes) al artículo 11 del CP.

### III. Relevancia de la obediencia debida en los crímenes internacionales

La obediencia debida ha desaparecido como eximente autónoma en el nuevo Código Penal, y estos supuestos han pasado a englobarse en la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, del número 7º del artículo 20 del CP. Para que el cumplimiento legítimo del deber de obediencia, sea a una orden o a una disposición legal, sea considerado en nuestro ordenamiento una causa de justificación comprendida en el artículo 20.7º, el deber de obedecer ha de ser de rango superior o igual al deber de abstenerse de realizar la acción prohibida, la conducta no debe implicar un grave atentado contra la dignidad humana<sup>185</sup> y el sujeto debe actuar con la conciencia y voluntad de cumplir con el deber de obediencia.<sup>186</sup> Es preciso además que exista una relación jerárquica reconocida por el derecho entre el que manda y el que obedece y que haya existido una orden —no basta un mero consejo o indicación—.<sup>187</sup> Como he mencionado *supra* en el número 3, la doctrina entiende, con apoyo en diversos artículos de nuestra legislación, que las órdenes manifiestamente antijurídicas no son obligatorias y por lo tanto no pueden actuar como eximente.<sup>188</sup>

La Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece en su artículo 5.1º d:

En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

En el Código Penal Militar de 1985, se declara en el artículo 21:

No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Aparentemente estos preceptos excluyen la obligatoriedad de las órdenes manifiesta o evidentemente antijurídicas,<sup>189</sup> lo que bastaría para excluir la aplicación de la

<sup>185</sup> Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 304.

<sup>186</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1942 (Ar. 67); Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 304; J. J. Queralt, *La obediencia debida en el Código Penal*, pp. 443 y ss.; Córdoba Roda, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966, p. 384.

<sup>187</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1957 (Ar. 3269) y de 22 de abril de 1983 (Ar. 2300).

<sup>188</sup> Véase *supra* la nota 159.

<sup>189</sup> Se discute que ello sea así en relación con el CPM, pues hay autores que consideran que el adverbio *manifiestamente* se extiende al inciso final “o constituyan delito” y otros que no. Véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 307, nota 69.

eximente a quien ejecutó la orden de cometer cualquier crimen de los recogidos en el Estatuto. Pero la doctrina va más allá, y puesto que tanto los funcionarios civiles como los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado forman parte sin duda de la Administración y están por lo tanto sujetos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, les es aplicable a sus actos lo dispuesto en su artículo 62.1 *d*, que determina la nulidad de todo acto administrativo cuyo contenido constituya una infracción penal, y las órdenes nulas tampoco son obligatorias. Por lo tanto, en el ordenamiento español la orden de cometer una acción u omisión típica y antijurídica carece siempre de obligatoriedad<sup>190</sup> y, en consecuencia, su obediencia no estará amparada por el ejercicio legítimo de un deber.

A pesar de ello, el proyecto de LO de modificación del CP excluye expresamente, en un nuevo artículo 616 *bis*, la aplicación del artículo 20.7º del CP a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en un genocidio o en crímenes contra la humanidad.

#### ***IV. Relevancia de la conducta realizada en legítima defensa en los crímenes internacionales***

La eximente de legítima defensa está recogida en el artículo 20.4º del CP. La regulación española recoge, igual que el Estatuto, las exigencias de ataque inminente<sup>191</sup> e ilícito.<sup>192</sup> No está tan claro que la exigencia de proporcionalidad entre la fuerza empleada para repeler el ataque y el peligro que amenazaba al bien defendido se corresponda con la exigencia de necesidad racional del medio empleado de nuestro Código, si en aquella se quiere incluir la exigencia de proporcionalidad entre el mal causado en la reacción defensiva y el que trataba de causar la agresión ilícita. El requisito del CP español parece más bien que exige proporcionalidad entre el peligro que amenaza y el medio necesario para repelerlo o impedirlo, en el sentido de que debe elegirse el medio menos lesivo suficiente para evitar o repeler la agresión, pero no entre el mal causado con la reacción defensiva y el que iba a producir la agresión ilegítima.<sup>193</sup> Sin embargo, esta segunda postura, frecuente en autores alemanes, es la

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 307; Díaz Palos, “Obediencia debida”, en separata de *NEJ*, 1982, p. 13.

<sup>191</sup> Este requisito es aceptado por la doctrina de forma unánime y mantenido en jurisprudencia constante por el TS. Se deriva del de necesidad de la defensa, implícito este último a su vez en el de necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. Véanse las opiniones y sentencias citadas por Díaz Palos, *Legítima defensa*, 1971, p. 113; Magladi, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, 1976, pp. 59 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, pp. 231 y ss., nota 96.

<sup>192</sup> Este es el significado del calificativo *ilegítima* —véase Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, pp. 195 y ss.

<sup>193</sup> Así Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, pp. 234 y ss. Sin embargo, aclara este autor que una reacción defensiva absolutamente desproporcionada sería ilícita aunque se diese el requisito de necesidad racional del medio empleado en el sentido en que él lo entiende, por aplicación del principio general de la ilicitud del abuso de derecho.

interpretación seguida mayoritariamente por la doctrina y por el Tribunal Supremo también en España.<sup>194</sup> La limitación de los bienes susceptibles de legítima defensa recogida en el artículo 31.1 *c* no encuentra reflejo en nuestro ordenamiento, pero dada la gravedad de los delitos cometidos podría entenderse implícita en la exigencia de proporcionalidad tal y como la entiende la opinión dominante.<sup>195</sup>

#### V. *Relevancia del estado de necesidad en los crímenes internacionales*

El estado de necesidad está regulado como eximente en el artículo 20 número 5º del CP. La regulación española del estado de necesidad exculpante y del estado de necesidad justificante es más amplia que la contenida en el artículo 31 *d* del Estatuto bajo el nombre de “coacción”, pues, en primer lugar, no limita los bienes susceptibles de ser defendidos, aunque dicha limitación vendrá después parcialmente introducida por la exigencia de no causar un daño mayor. Sin embargo, el límite introducido por la exigencia de la proporcionalidad deja todavía al estado de necesidad un ámbito de aplicación más amplio que el previsto para la coacción en el artículo 31.1 *d* del Estatuto, pues cabe, por ejemplo, la defensa proporcional de otros bienes, como por ejemplo, de la libertad ambulatoria mediante la comisión de un crimen de competencia de la Corte que suponga un injusto igual o menor<sup>196</sup> (por ejemplo, la toma de rehenes o el uso indebido de banderas o signos), si se entiende, como hace una parte de la doctrina, que la existencia de un plan o política no se considera un elemento del tipo del crimen de guerra (que, por tanto, no tiene que ser abarcado por el dolo del autor), ni tampoco un requisito de la jurisdicción de la Corte, sino solo un factor a tener en cuenta por el fiscal para decidir si inicia o no la investigación.<sup>197</sup> En cambio, si se

---

<sup>194</sup> Véanse los autores y sentencias citados por Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, II, p. 235, nota 113.

<sup>195</sup> Esta es también la argumentación de la exposición de motivos al § 2 de la Ley alemana de Código Penal Internacional, letra *e*, que aduce que “la designación prevista en el Estatuto de los objetos de defensa que únicamente son susceptibles de legítima defensa representa solo una concreción abstractamente anticipada del principio de proporcionalidad, de modo que tampoco aquí es necesaria una regulación especial de la legítima defensa”.

<sup>196</sup> La exposición de motivos de la Ley alemana de Código Penal Internacional argumenta, por el contrario, que “no cabe imaginar ningún caso en el que un autor que haya cometido un crimen contenido en el CPI para asegurar su libertad ambulatoria (o la de un familiar) sea exculpado por el § 35 CP, pues los bienes jurídicos protegidos en el CPI son siempre más valiosos que la libertad ambulatoria”, lo que en mi opinión no es cierto.

<sup>197</sup> Así Fenrick, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 8, marg. 4. En favor de esta opinión está el dato de que tal requisito no se incluye en el documento “Elementos de los crímenes”. En cambio, Lyal S. Sunga —“La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional”, en Ambos y Guerreo (comps.), *El Estatuto de Roma*, 1999, p. 257— entiende que “[l]a frase ‘en particular cuando se cometan como parte de un plan o política’ implica que la Corte asumirá la jurisdicción solo sobre casos que involucren cierto nivel de organización”.

entiende que dicho elemento es requisito para que la conducta “constituya un crimen de la competencia de la Corte”,<sup>198</sup> podría argumentarse que supone un aumento de injusto (del desvalor de la acción)<sup>199</sup> que hace que el mal causado sea mayor que el que se trataba de evitar y, por lo tanto, quede también fuera del artículo 20.5 del CP.<sup>200</sup> Pero, aunque nos quedáramos con la primera interpretación, me parece preferible la regulación española, que excluiría la responsabilidad penal en los ejemplos propuestos (cometidos sin el contexto de un plan o política). Incluir una excepción supondría infringir los principios de proporcionalidad, igualdad y culpabilidad; además, los supuestos mencionados pueden ser tenidos en cuenta también por la Corte mediante la aplicación del apartado 3 del artículo 31 del Estatuto. La doctrina y la jurisprudencia españolas entienden que el propio concepto de estado de necesidad mencionado en el artículo 20.5 exige una proporcionalidad en la respuesta, pues se niega la existencia de tal estado de necesidad en los casos en que el mal grave e inminente sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial,<sup>201</sup> con lo que se recoge también aquí el requisito de respuesta necesaria y razonable del artículo 31 *d* del Estatuto.

#### **VI. Edad mínima para la posibilidad de castigo por crímenes internacionales**

Según el artículo 19 del Código Penal español los menores de 18 años no son considerados inimputables, sino simplemente excluidos del derecho penal de los adultos y sometidos a la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores,<sup>202</sup> aplicable a mayores de 14 y menores de 18.

No se produce ninguna fricción con lo regulado en el Estatuto de Roma, pues su artículo 26 no establece una regla de derecho internacional específica sobre la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, sino que solamente excluye para este grupo de personas la jurisdicción de la CPI porque el Estatuto no contiene regulación separada del proceso y las sanciones para el enjuiciamiento de jóvenes, pero ello no impi-

---

<sup>198</sup> Quizás así cobrara significado esta referencia expresa recogida en el artículo 31 *d*, a la que Eser no encuentra sentido (en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, artículo 31, margs. 36 y 37), pues mientras las demás causas contempladas en el artículo 31 responderían a la codificación de lo que se puede entender como derecho penal internacional consuetudinario vigente y serían aplicables a todos los crímenes internacionales, puede entenderse que la regulación de la coacción se limita a los efectos de aplicación del Estatuto y no es regla aplicable a todo delito internacional (quedan fuera, por ejemplo, los crímenes de guerra no cometidos en el contexto que los sitúa como objeto de conocimiento por la Corte).

<sup>199</sup> Véase *supra* el texto correspondiente a las notas 70, 71 y 89.

<sup>200</sup> Para la ponderación de males no se tiene en cuenta únicamente la importancia de los bienes jurídicos sino también la forma y gravedad de su lesión, el desvalor de la acción, etc. (véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, 1998, pp. 276- 277).

<sup>201</sup> Véase por todos Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 247 y 248, con ulteriores citas de doctrina y jurisprudencia del TS.

<sup>202</sup> BOE nº 11 de 13 de enero. Esta ley entró en vigor el 13 de enero de 2001.

de enjuiciar a menores de 18 años según el derecho nacional, es decir, según la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor.<sup>203</sup>

### ***VII. Reglas de determinación de la pena y fines específicos en los crímenes internacionales***

El sistema de determinación de la pena del Código Penal español es un sistema en principio legalista que pretende colmar las exigencias de seguridad jurídica, pero que concede también ciertos márgenes de arbitrio judicial que permitan tener en cuenta los datos particulares de los que dispone el juez y que sin embargo han podido desaparecer en el proceso de abstracción del que es fruto la ley.<sup>204</sup> Las reglas de medición de la pena se encuentran recogidas en los artículos 68 a 79 del CP.

En relación con el fundamento y los fines de la pena, la doctrina mayoritaria en nuestro país se adhiere a la llamada teoría unitaria, que aúna retribución y prevención (general y especial), y entiende que esta es también la concepción que inspira nuestro ordenamiento.<sup>205</sup>

### ***VIII. Responsabilidad penal de las personas jurídicas***

La legislación española no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### ***IX. Relevancia de inmunidades internacionales o de derecho constitucional para la persecución de crímenes internacionales***

El derecho español distingue los siguientes conceptos:<sup>206</sup>

- inviolabilidad: exención de responsabilidad criminal para ciertas personas, de carácter general o por los actos realizados en el desempeño de su cargo; pertenece al derecho penal material;
- inmunidad: imposibilidad de detención, inculpación o procesamiento salvo cuando se den determinados requisitos; se trata de un privilegio de carácter procesal;

<sup>203</sup> Argumento de la exposición de motivos de la Ley alemana de Código Penal Internacional, al § 2, punto *b*.

<sup>204</sup> Boldova Pasamar, en Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2000, p. 170.

<sup>205</sup> Así, entre otros, Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, I, 1996, pp. 23 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 1998, p. 65; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, 2000, p. 56; Gracia Martín, "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española", en *ADPCP*, 1993, 2, XXXVII, 548 y ss.; Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención*, 1990, p. 247 y ss. Aunque también hay una parte de la doctrina que defiende teorías relativas o utilitarias de la pena: Gimbernat Ordeig, en *Estudios de derecho penal*, 1990, pp. 175 y ss.; Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pp. 59 y ss.

<sup>206</sup> Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 282 y ss.

- fueros especiales: derecho a ser juzgado por un tribunal de superior categoría; se trata de un privilegio de carácter procesal.

Nuestra Constitución declara inviolable al rey como jefe del Estado, y como se explicó *supra*, el Consejo de Estado ha interpretado esta inviolabilidad como exclusivamente material,<sup>207</sup> es decir, ligada no a la persona del monarca sino a los actos realizados en el ejercicio de su cargo.<sup>208</sup> Los diputados y senadores gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 71.1 de la CE). Por lo tanto, fuera del ejercicio de sus funciones, sea porque en ese momento no están actuando en el ejercicio de sus funciones o porque se han excedido de los límites del ejercicio legítimo de su cargo, por ejemplo, en el caso de comisión de un crimen internacional, son plenamente responsables, pero en tales casos gozan de inmunidad personal, concretada en los privilegios procesales de no poder ser detenido salvo en caso de flagrante delito, no poder ser inculcado ni procesado sin la autorización de la Cámara respectiva —supplicatorio— (artículos 71.2 de la CE, 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado) y deben ser juzgados por el Tribunal Supremo mientras mantengan su cargo (artículos 11 del Reglamento del Congreso y 22 del Reglamento del Senado). El presidente del Gobierno y los ministros gozan de un fuero especial, pues deben ser juzgados por el Tribunal Supremo (artículo 102 de la CE). Si a la vez son diputados o senadores gozarán de la inviolabilidad e inmunidad de estos.<sup>209</sup>

Por lo tanto, no puede encontrarse en nuestro derecho ningún reconocimiento a la irresponsabilidad penal en razón del cargo por la comisión de un delito internacional. Sin embargo, nuestra Audiencia Nacional en un auto de 22 de marzo de 1999, proclamó lo contrario. En dicho auto la Audiencia afirma:

La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querrela se refiere) en cuanto a que uno de los querrellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano [...] Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo pleno, en el que el querrellado era el senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un jefe de Estado extranjero, al haber cesado

<sup>207</sup> También la doctrina venía proponiendo esta interpretación restrictiva de la inviolabilidad del monarca (véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, p. 283; Zugaldía Espinar, *Fundamentos de derecho penal*, pp. 351-352; Rodríguez Ramos, en *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, pp. 286-287). En contra, defienden el carácter personal de la inviolabilidad Sainz Cantero, *Leciones de derecho penal. Parte general*, III, 1990, pp. 140-141, e Higuera Guimerá, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro homenaje a Ángel Torío*, 1999, p. 401.

<sup>208</sup> Véase *supra* el punto segundo de la introducción.

<sup>209</sup> Sobre la inviolabilidad de otros cargos —parlamentarios autonómicos, defensor del pueblo, magistrados del Tribunal Constitucional, parlamentarios europeos— por las opiniones y votos realizados en el ejercicio de su cargo véase Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, III, pp. 287-288.

en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querrela. [...] Se desestima el recurso, y ello aún cuando figuren en la querrela otros querrellados que indudablemente no tienen el carácter de jefes de Estado extranjeros. Ello es así por darse un claro supuesto de, en la realización de los hechos que relata la querrela y de ser ciertos los mismos de conexidad subjetiva con el principal querrellado [...] con la consecuencia de que todos deben de ser juzgados si así procediese en un mismo procedimiento, toda vez que la inmunidad del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que declaramos no ha de ser solo directa, sino además, indirecta esto es evitando la repercusión que para aquel tendría el enjuiciamiento de los demás querrellados en proceso aparte.

En su decisión la Audiencia dice apoyarse, para reconocer la inviolabilidad de Castro, en el derecho internacional de los tratados y consuetudinario. Esta decisión parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el caso *Yerodia*,<sup>210</sup> en la que el TIJ afirma la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien exceptúa de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el propio Estado decide levantar la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, y la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Esta decisión es igualmente criticable pues, en primer lugar, el TIJ no demuestra la práctica de los Estados para afirmar la existencia de tal costumbre;<sup>211</sup> en segundo lugar, en mi opinión el Tribunal debería haber excluido también los casos de crímenes internacionales,<sup>212</sup> pues en tales supuestos el tribunal nacional en su aplicación de la jurisdicción universal actúa como órgano de la comunidad internacional y por lo tanto no se trata ya del enfrentamiento entre dos soberanías estatales;<sup>213</sup> pero si esto no se admite, en todo caso el TIJ debería haber incluido un cuarto supuesto de exclusión de la inmunidad: cuando ella ha sido prevista convencionalmente, como ocurre precisamente en el artículo IV de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio.<sup>214</sup>

---

<sup>210</sup> CIJ, *Affaire du mandat d'arrete du 11 avril 2000*, 14 février 2002/04, <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cCOBEframe.htm>>.

<sup>211</sup> Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, p. 251.

<sup>212</sup> Este es el argumento que esgrimía Bélgica de acuerdo con una parte importante de la doctrina internacionalista. Sin embargo, el TIJ rechaza que exista esta excepción en la práctica de los Estados —véase Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, p. 252.

<sup>213</sup> El TIJ parece volver en su argumentación a la antigua doctrina de los actos de Estado extendiéndola a los actos del ministro de Asuntos Exteriores; véase la crítica de Henzenlin, "L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice", en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, 2002, fasc. 3, pp. 254 y ss.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 251, nota 9. El artículo dice: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". Sin embargo, nuestro TS, aunque no se ha pronunciado al respecto en ninguna ocasión (no se admitió recurso de casación en el caso Castro), parece simpatizar con la tesis de

### **X. Reglas de prescripción para los crímenes internacionales**

El artículo 130, números 5º y 6º del CP español declara que la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena. Los plazos de prescripción se encuentran en los artículos 131 y 133, que así mismo declaran la imprescriptibilidad del delito de genocidio y de su pena.

En las propuestas de reforma se aconseja incluir la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra y de sus penas,<sup>215</sup> y así se recoge en el proyecto de LO de modificación del CP.<sup>216</sup>

### **XI. Relevancia de amnistías e indultos para la persecución de crímenes internacionales**

La legislación española no contempla la amnistía,<sup>217</sup> pero sí el indulto<sup>218</sup> particular como causa de extinción de la responsabilidad criminal, en el artículo 130.3º del CP.<sup>219</sup> Su regulación está contenida en el artículo 62 de la CE, que excluye la posibilidad de indultos generales en nuestro derecho, y en la Ley Provisional estableciendo Reglas para el Ejercicio del Derecho de Gracia de Indulto (LI), de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988, de 14 de enero. No pueden ser indultados los reincidentes, salvo circunstancias excepcionales (artículos 1 y 2 de la LI),<sup>220</sup> ni el presidente, ni los miembros del gobierno (artículo 102.3 de la CE).

---

que tal exclusión de la inmunidad pactada convencionalmente afectaría solo a los procesos llevados a cabo ante los tribunales previstos en el Convenio y no, por tanto, ante un tribunal nacional en el ejercicio del principio de justicia universal —sentencia del Tribunal Supremo 25-02-03, fundamento octavo—. Pero el Convenio contra el genocidio no hace ninguna limitación de este tipo cuando excluye la inmunidad.

<sup>215</sup> Véase Grupo de Estudios de Política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, p. 43, y CEDIH, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, pp. 108 y 109.

<sup>216</sup> Se incluye en el punto 4 del artículo 131 y en el punto 2 del artículo 133 la mención de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

<sup>217</sup> Nada se dice en la Constitución sobre ella y la doctrina se encuentra dividida con relación a su admisibilidad. Una parte entiende que su ejercicio no está prohibido y deberá ser regulado por la ley que la conceda —véanse Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001, pp. 82 y ss., y Gracia Martín, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, 2000, p. 283, con ulteriores citas—. Otros autores, en cambio, han llegado a afirmar que la amnistía está prohibida en nuestro derecho —véanse los autores citados por Aguado en la nota 97, p. 78.

<sup>218</sup> Sobre las diferencias entre estas dos figuras véase la nota 106.

<sup>219</sup> En el proyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal pasa a ser el punto 4º.

<sup>220</sup> Ley provisional que establece reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988 de 14 de enero.

Sobre el efecto de amnistías e indultos extranjeros véase *supra* el punto C. I.

### **XII. Relevancia de la prohibición de retroactividad de la ley**

El principio de irretroactividad de la ley penal (salvo en caso de ley más favorable) está recogido en los artículos 25 de la Constitución española y 2 del CP, respectivamente.

Artículo 25 de la CE:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa según las leyes vigentes en aquel momento.

Artículo 2 del CP:

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.
2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.

### **XIII. Relevancia del principio *ne bis in idem***

El principio *ne bis in idem* se encuentra recogido, según la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, en el artículo 25.1 de la Constitución Española por ir íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad.<sup>221</sup>

En la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, establece en su artículo 5:

Las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por este a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional.

Es decir, acepta un nuevo enjuiciamiento en caso de nueva calificación jurídica que abarque elementos de lo injusto que no han sido comprendidos por el tipo del delito ordinario.

---

<sup>221</sup> Véase las sentencias del TC de 30 de enero de 1981 y de 3 de octubre de 1983. El TC invocó a favor de su argumentación los trabajos de elaboración del texto de la Constitución en el Congreso, en los que se renunció a incluir de forma expresa el principio *ne bis in idem* en el artículo 9 por considerarlo incluido ya en el principio de legalidad y tipicidad recogido en el artículo 25. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia del principio *ne bis in idem* véase Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

El artículo 65 *e* de la LOPJ atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las leyes o los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles y también de los delitos conexos con los anteriores.

En la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, establece que será la Audiencia Nacional el órgano competente para cooperar con el Tribunal internacional (artículo 2) y el Ministerio de Justicia la autoridad central para tramitar las solicitudes de cooperación. Se regulan el supuesto de jurisdicción concurrente y la inhibición de los tribunales españoles a favor del Tribunal Internacional (artículo 4). Se prescinde para la entrega del procedimiento formal de extradición (artículo 6). Se regulan la obligación de comparecer ante el Tribunal Internacional (artículo 7) y el falso testimonio ante el Tribunal Internacional (artículo 7.3). Y se somete la concesión de indulto o conmutación de pena que se cumpla en España a la decisión del Tribunal Internacional (artículo 8).

No existen por el momento otras diferencias o particularidades, aunque previsiblemente serán introducidas en la futura ley de cooperación con la Corte Penal Internacional, del mismo modo que en la ley mencionada.

### **F. La práctica efectiva de persecución**

La primera aplicación del principio de justicia universal en España la constituyen los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los juzgados centrales de instrucción nº 5 y 6 de la Audiencia Nacional en los sumarios iniciados a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.<sup>222</sup>

El 16 de octubre de 1998 se admitió a trámite la querrela presentada por la Unión Progresista de Fiscales contra Augusto Pinochet y otros acusados por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, dentro del sumario 19/97 pieza III relativa al denominado Plan Cóndor. En la misma fecha el juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Baltasar Garzón dictó auto de prisión y orden internacional de detención contra Augusto Pinochet Ugarte, que se encontraba en Londres en visita privada. Un juez británico cumplimentó la orden de detención y Pinochet fue arrestado por la policía británica. El 18 de octubre se ampliaron el auto de prisión y la orden de deten-

---

<sup>222</sup> Comas de Arguémir, “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 174.

ción. El 20 de noviembre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción nº 6, que llevaba el proceso contra la dictadura argentina (sumario 1/98), se inhibió en favor del nº 5 por la conexidad entre ambas causas, que quedaron unidas en una sola (el sumario 19/97, pieza III). El 28 de octubre la Alta Corte de Justicia británica invalidó la orden de detención alegando la inmunidad de Pinochet. El Ministerio Público británico recurrió y el caso pasó a la Cámara de los Lores. El 3 de noviembre se propuso al Gobierno la extradición de Pinochet. Entretanto el Ministerio Fiscal había recurrido la decisión del juez Garzón y el asunto fue dirimido por el pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, que los días 4 y 5 de noviembre dictó sendos autos en los que reconoció la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile.

La decisión interpreta que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional. Para evitar la impunidad de quien lo comete, y por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, la Audiencia estima que la interpretación del delito de genocidio se haga de manera que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, “grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor”. Aunque con menor argumentación acepta también la competencia para juzgar a Pinochet por los delitos de terrorismo y torturas. El día 6 el Gobierno español endosó la petición de extradición formulada por Garzón. El 25 de noviembre la Cámara de los Lores decidió que Pinochet no podía acogerse al privilegio de la inmunidad. El 9 de diciembre el ministro del Interior británico dio luz verde al proceso de extradición. El 10 de diciembre Garzón dictó auto de procesamiento contra Pinochet.

El voluminoso auto de procesamiento relata de forma pormenorizada la dictadura chilena desde que el dictador encabezó el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. El auto recoge la “feroz represión contra la vida, seguridad y libertad de las personas y sus patrimonios”, con más de 300.000 personas privadas de libertad, más de 100.000 expulsados o exiliados, casi 5.000 muertos y desaparecidos y más de 50.000 torturados, y la relaciona con otras dictaduras latinoamericanas mediante el Plan Cóndor. El 24 de marzo de 1999, la Cámara de los Lores retiró definitivamente a Pinochet la inmunidad, pero limitó el objeto de la extradición a los delitos de torturas cometidos a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha en que el Reino Unido suscribió el Convenio contra la Tortura. Garzón respondió con otros dos autos en los que amplió el procesamiento a 130 delitos de torturas cometidos a partir de la citada fecha. El 15 de abril el ministro británico Straw autorizó la extradición. La defensa de Pinochet recurrió la decisión. Entretanto, el gobierno chileno anunció su intención de llevar ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya sus diferencias con el Reino de España en la interpretación de la Convención contra la Tortura. Esta solicitud no

llegó a presentarse,<sup>223</sup> pero se intentó negociar una solución política a través del arbitraje, lo que tampoco habría sido posible por conculcar el principio de independencia judicial. Chile reclamó en un primer momento la jurisdicción sobre el caso y después solicitó la liberación del dictador por razones humanitarias. En noviembre, el ministro del Interior británico ofreció a Pinochet la realización de exámenes médicos para ver si su salud le permitía afrontar la extradición. Los exámenes se realizaron el 5 de enero de 2000 y seis días después los médicos británicos elaboraron un informe, cubierto por el secreto, en el que concluyeron que el ex dictador no estaba en condiciones de afrontar el juicio. Bélgica y seis organizaciones humanitarias, entre ellas Amnistía Internacional, recurrieron el secreto del informe médico, que finalmente se publicó. El 22 de febrero, los jueces español, francés, belga y suizo contestaron las conclusiones del informe médico, pero el ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España de Pinochet por encontrarse “gravemente enfermo”.

El proceso ha seguido su curso respecto de otros acusados. El 2 de noviembre de 1999 el juez Garzón dictó auto de procesamiento contra 98 argentinos —entre ellos los miembros de las juntas militares Jorge Videla, Emilio Massera y Leopoldo Galtieri; el ex gobernador de Tucumán Domingo Bussi y el ex jefe del Primer Cuerpo de Ejército argentino Guillermo Suárez Mason—. Las autoridades argentinas han impedido que los jueces de aquel país colaboren con la justicia española. El Ejecutivo argentino devolvió al juez español Baltasar Garzón la orden de detención y captura, previa a la solicitud de extradición de 48 militares, entre ellos los jefes de las juntas militares argentinas, que había sido dictada el 30 de diciembre de 2000. La orden cursada por Garzón nunca fue remitida por la Cancillería argentina a su destinatario, el juez Gustavo Literas. Garzón dictó una providencia en la que solicitó la “ejecución inmediata de la orden”. Pero el presidente Fernando de la Rúa, por decreto 1581/2001, impidió la extradición ordenando rechazar las demandas de extradición por hechos ocurridos en territorio argentino o sometidos a la jurisdicción argentina. En cambio, México procedió al cumplimiento de las órdenes de Garzón y a la detención, el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba volver a Buenos Aires, del oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo. En la actualidad, este imputado se encuentra en una cárcel mexicana a la espera de que se resuelva su recurso de amparo contra la resolución que concedió la extradición a España. También fue detenido, esta vez en España, el acusado Adolfo Scilingo, que se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez Garzón. Tras recibir declaración, el juez dictó la medida cautelar de retenerle el pasaporte, que fue recurrida en amparo por Scilingo; el Tribunal Constitu-

---

<sup>223</sup> En contra de esta posibilidad, Gimbernat Ordeig, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pinochet”, en *El principio de justicia universal*, 2001, p. 59 y ss.

cional le dio la razón en resolución de 16 de julio de 2001. Tras la anulación de la medida por el TC, el Juez Garzón dictó el 31 de julio de 2001 auto de prisión provisional incondicional para Scilingo.

Recientemente el proceso ha experimentado un giro inesperado a raíz de la interpretación que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha hecho del auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, en el que se desestima la querrela formulada por el Ministerio Fiscal contra Arnaldo Otegi Mondragón por no corresponder a la jurisdicción española el conocimiento de los hechos relatados en ella y se procede al archivo de las actuaciones. Por auto de 31 de mayo de 2002 la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en relación con el sumario 19/97 —tramitado por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 por presuntos delitos de terrorismo, genocidio y torturas en cuya causa dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querrela contra Hernán Julio Brady Roche por los presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas y acordaba la prisión provisional incondicional y comunicada del querrellado, ciudadano chileno nacido el 10 de febrero de 1921, con cédula de identidad nacional n° 604.372-0, por los hechos y presuntos delitos mencionados en la resolución, y acordó librar órdenes de busca y captura, a través de la correspondiente orden internacional de detención a efectos de extradición, con carácter general y especialmente para Alemania, donde al parecer estaría residiendo temporalmente el imputado con identidad falsa en la Aladin Wek Strasse 2, Hamburg—, apreció que:

[...] la consecuencia más inmediata de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 578 del Código Penal es la de excluir el delito de apología del terrorismo de los delitos considerados de terrorismo, y, en consecuencia, la imposibilidad de aplicación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el delito de apología del terrorismo. Esto significa que no le es aplicable al delito en cuestión la posibilidad de ser perseguido por los Tribunales españoles al haber sido cometido fuera del territorio nacional, porque la extraterritorialidad de la ley penal española sólo puede predicarse cuando se trata de perseguir delitos de terrorismo o genocidio. Así, a través de la interpretación de una norma de derecho penal material, se está restringiendo considerablemente la extraterritorialidad de la ley penal española. Estamos, por consiguiente, ante un giro copernicano en la aplicación extraterritorial de la ley penal española, pues la pauta que establece nuestro Tribunal Supremo en su resolución es la limitación de la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna. Esta nueva pauta interpretativa no existía cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional formuló su interpretación extensiva del principio de aplicación extraterritorial de la ley penal española en su Auto de 4 de noviembre de 1998, y, desde luego, deber tener su reflejo en la resolución a dictar en este caso, pues procede de nuestro más alto Tribunal. A esta interpretación restrictiva debe llegarse aplicando criterios de estricta lógica: no puede hacerse aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal española para perseguir unos hechos acaecidos en Chile hace más de veinticinco años, cuando el propio Tribunal Supremo nos da una pauta contraria a la hora de enjuiciar hechos sucedidos en Francia el 30 de marzo de este año, consistentes en una de las conductas que más daño están haciendo a la sociedad española. Así, no de forma directa, pero sí indirecta y como ineludible consecuencia de

su interpretación (tan ineludible que el propio Tribunal Supremo concluye negando la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos) se restringe considerablemente la aplicación extraterritorial de la ley penal española. La más elemental lógica jurídica, decimos, debe llevar a la aplicación, en ambos supuestos del mismo criterio: el del órgano jurisdiccional superior (el Tribunal Supremo) y el contenido en la resolución más reciente, que se encuentra, además, en clara sintonía con la inminente entrada en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional, cuyo Estatuto fue firmado en Roma el 17 de julio de 1998, previa convocatoria de las Naciones Unidas, y ratificado por España en virtud de la autorización que contiene la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Por consiguiente, el anterior criterio de la aplicación extensiva del principio de extraterritorialidad de la ley penal, debe ser sustituido por el novedosamente mantenido por la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, y esa sustitución ha de llevar a la Sala a la conclusión de negar esa aplicación extraterritorial de la ley penal y, en consecuencia, a apreciar la falta de jurisdicción de este Tribunal para el conocimiento del asunto cuya resolución le ha sido encomendada. En su virtud, debe estimarse el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal ante la inexistencia de jurisdicción que habilite a este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela que ha dado origen a este recurso.

Y por consiguiente acuerda:

[...] estimar el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Auto de fecha 30 de mayo del año 2001, por el que, a su vez, se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de 9 de mayo del 2001, del Juzgado Central de Instrucción número cinco, en cuya resolución se acordaba la incoación de procedimiento penal contra Hernán Julio Brady Roche, ante la inexistencia de jurisdicción de este Tribunal español para conocer de los hechos objeto de la querrela que ha dado origen a este recurso, dejándose sin efecto los Autos recurridos y, consiguientemente, también la orden de detención internacional que se acordaba expedir en el citado Auto de fecha 9 de mayo del año 2001.

El auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha sido objeto de un recurso de nulidad ante el Pleno de la Sala y de casación ante el Tribunal Supremo. Aunque el auto se refiere únicamente al imputado Hernán Julio Brady Roche, la doctrina que lo inspira es aplicable a todos los casos que integran el sumario 19/97. El abogado de Scilingo ya solicitó la libertad de su cliente con base en esta resolución, pero su petición fue desestimada. Si la nueva doctrina de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional prospera, el auto de 31 de mayo puede suponer el final de los “juicios de Madrid”. Por otra parte, si el asunto llega al Tribunal Supremo, este tendrá la oportunidad de pronunciarse, pero es probable que ello no suceda porque el recurso de casación se encuentra en suspenso hasta que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decida sobre el recurso de nulidad, y es probable que lo estime y no haya lugar ya al de casación.

Donde sí se ha pronunciado el Tribunal Supremo es en el caso Guatemala. Como ya he comentado, las decisiones de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querrelas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. Ya he indicado que se rechazó la pretensión de enjuiciar a Fidel

Castro.<sup>224</sup> Ahora voy a detenerme en el caso Guatemala, porque el proceso ha dado lugar al primer pronunciamiento del Tribunal Supremo español sobre la competencia de nuestros tribunales en aplicación del principio de justicia universal.

El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia y por reparto fue asignada al Juzgado nº 1. Los hechos denunciados se pretendían constitutivos de los delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, y fueron imputados conjunta e indistintamente a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército. El Ministerio Fiscal solicitó el archivo de las actuaciones argumentando que España no es competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque estos no son constitutivos de genocidio, ya que “de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo del injusto de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso”. El juez Guillermo Ruiz Polanco, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del fiscal, afirmó la competencia de su juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio<sup>225</sup> y destacó que “de la detenida lectura de la extensa e intensa documentación presentada por los denunciantes se infiere con total claridad que los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor —y aun de originador— de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico —encarnado en sujetos individuales o colectivos— que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida”.<sup>226</sup> El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y el juez lo desestimó por auto de 27 de abril. El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que en su auto de 13 de diciembre de 2000, ya comentado,<sup>227</sup> rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que “en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito”<sup>228</sup> y que “no se constata [...] que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar”<sup>229</sup> y por ello “el Pleno de la Sala no con-

---

<sup>224</sup> Véase *supra* el punto 13.

<sup>225</sup> No acepta la competencia directa sobre las torturas, sino como integrantes del delito de genocidio, y también a esta calificación reconducen los hechos supuestamente constitutivos de terrorismo (fundamento jurídico segundo) —véase *supra* la nota 105.

<sup>226</sup> En mi opinión, al contrario de lo que hizo el Pleno en los autos de 4 y 5 de noviembre, aquí el juez instructor sí que fundamenta la existencia de un delito de genocidio en su sentido auténtico. Se trata de la intención de eliminación de un grupo étnico: los mayas, y no importan las razones que animen a ello.

<sup>227</sup> Véase *supra* la nota 106.

<sup>228</sup> Fundamento jurídico tercero.

<sup>229</sup> Fundamento jurídico cuarto.

ceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal”.<sup>230</sup> El auto de la Audiencia fue recurrido en casación. El Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso, y en su sentencia de 25 de febrero de 2003, tras hacer una interpretación restrictiva del artículo 23.4 de la LOPJ,<sup>231</sup> concluyó que, al no apreciarse ningún interés nacional español en relación directa con el delito de genocidio, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles, ni tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes, aunque se hayan visto seriamente afectados por hechos susceptibles de ser calificados como delitos distintos, cometidos en su mismo contexto histórico, los tribunales españoles no tienen competencia con base en este delito.<sup>232</sup> Respecto de la calificación de los hechos, el TS no entra a pronunciarse sobre cuestiones de tipicidad que no son objeto del recurso, pero maneja un concepto estricto de genocidio, como el que había hecho el juez instructor.<sup>233</sup>

### G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

En la actualidad se está preparando una reforma del Código Penal español para adaptarlo al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que probablemente irá acompañada por una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de una Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional. De momento contamos únicamente con un proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo contenido va en la línea de las propuestas doctrinales del Grupo de Estudios de Política Criminal<sup>234</sup> y ha sido comentado a lo largo de la exposición. Parece que la intención del gobierno es que la reforma sea votada en el Parlamento en esta legislatura. Sin embargo, la magnitud de esta reforma, que afecta no solo a esta materia sino a ciento sesenta artículos del CP, puede provocar la dilatación del proceso. En el proyecto se introduce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y de sus penas (artículos 131.4 y 133.2), se castiga el encubrimiento

---

<sup>230</sup> Fundamento jurídico quinto.

<sup>231</sup> Véase *supra* el punto C. I.

<sup>232</sup> Fundamento undécimo.

<sup>233</sup> Fundamento séptimo: “Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico”.

<sup>234</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.

estos (artículo 451.3º), se recogen los nuevos delitos contra la administración de Justicia por la Corte Penal Internacional (artículo 471 *bis*) y se tipifican por primera vez en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad, en un nuevo artículo 607 *bis* con la siguiente redacción:

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el artículo siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.<sup>235</sup>
- 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

- 1º Con la pena de prisión de quince a veinte años si causaren la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

- 2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.
- 3º Con la pena de prisión de doce a quince años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a doce años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud<sup>236</sup> o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.
- 4º Con la pena de prisión de ocho a doce años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional a una o más personas a otro lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

<sup>235</sup> Sobre la desacertada idea que fundamenta esta disgregación véase *supra* el punto B. II. 1, *in fine*.

<sup>236</sup> Esta modalidad ha sido copiada del tipo del genocidio y con los mismos defectos de este (Gil Gil, *Derecho penal internacional*, p. 215 y ss.), y no se encuentra en el tipo internacional. La modalidad de perturbar gravemente la salud podría reconducirse en el tipo internacional a la cláusula de otros actos inhumanos, cuando no resulte ya abarcada por la modalidad de lesiones, pero la de la mera puesta en peligro de la vida me parece difícil, dada la redacción de los “Elementos de los crímenes” que exigen en esta modalidad la causación de graves sufrimientos o un atentado grave contra la salud física o mental. Solo si entendemos que la exigencia de atentado grave contra la salud incluye la mera puesta en peligro de esta y no un resultado de lesión cabría en el concepto internacional la mera puesta en peligro de la vida que no supusiese simultáneamente un resultado de lesión de la salud. La redacción me parece equivocada; el delito contra la humanidad tiene su propio contenido, no es una extensión del genocidio y no tiene por qué tener idéntica redacción que este.

- 5° Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.<sup>237</sup>
- 6° Con la pena de prisión de doce a quince años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.
- 7° Con la pena de prisión de ocho a doce años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

- 8° Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena de la tortura se impondrá sin perjuicio de las que correspondieren, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

También recoge el proyecto una elevación de la pena para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado para el supuesto de que sean cometidos como parte de un plan o política o a gran escala (artículo 614 *bis*), la responsabilidad del superior jerárquico civil o militar por no evitar o no castigar la comisión de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por sus inferiores (artículo 615 *bis*)<sup>238</sup> y la inaplicabilidad de la eximente del artículo 20.7º a quien cumpla órdenes de cometer o participar en delitos de genocidio o de lesa humanidad (artículo 616 *bis*).

---

<sup>237</sup> La redacción de esta modalidad es algo confusa, pues no se sabe si el “forzaran” se refiere a que el embarazo ha sido provocado por la fuerza, o lo forzado es su prosecución. En mi opinión deberá interpretarse en ambos sentidos, pues es lo que exige la redacción típica del delito internacional —que el embarazo haya sido causado por la fuerza y que se obligue por la fuerza a proseguir el estado de gestación (véase “Elementos de los crímenes”, artículo 7.1 g 4)—. Tampoco se ha incluido el requisito establecido en el delito internacional del confinamiento, por lo que esta modalidad entrará en concurso ideal, en su caso, con las detenciones ilegales, lo que salva la escasa penalidad que se ha previsto para ella —de no estar prevista expresamente el concurso aplicable entre detenciones ilegales y coacciones le asignaría la pena de prisión de seis años y seis meses a ocho años (de cinco a seis en el dudoso caso de que pudiera durar menos de quince días); si a ello añadimos el aumento a la pena superior en grado por ser crimen contra la humanidad, lo correcto sería, si se entendiera consumida la detención, asignarle una pena por lo menos de ocho a dieciséis años de prisión (o de seis a doce).

<sup>238</sup> Véase *supra* la sección D. II, “Responsabilidad especial del superior jerárquico”.

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico internacional

No hay otros aspectos específicos a destacar en este apartado.

## I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución de crímenes internacionales en España

La actuación de los jueces y tribunales españoles en la persecución de crímenes internacionales ha otorgado sin duda un gran impulso al desarrollo del derecho penal internacional y a la concienciación de la opinión pública internacional contra la impunidad de estos delitos, ha animado a los tribunales de otros países a seguir sus pasos y ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a la instauración de la Corte Penal Internacional. Hay que agradecer, por tanto, a estos jueces y magistrados, a la Unión Progresista de Fiscales, a los abogados de la acusación y a las víctimas su valor, su tenacidad y su arrojo. Los llamados “juicios de Madrid” han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del derecho penal internacional moderno.

Sin embargo, en este afán por impedir la impunidad de determinados hechos atroces, se han realizado interpretaciones erróneas y excesivamente amplias de los tipos penales y de algunos preceptos de la LOPJ, propiciando con ello la presentación de nuevas demandas con la pretensión de que fueran juzgados hechos cometidos en diversos lugares. Evidentemente la Audiencia Nacional no puede convertirse en la Corte Penal Internacional, pues no tiene capacidad ni jurídica, ni material, ni política para llevar a cabo tal tarea. En la denegación de jurisdicción para todos estos supuestos se han manejado los criterios más variados y erróneos, que han dejado insatisfechos y perplejos a los demandantes, cuando habría sido más fácil en la mayoría de los casos hacer una adecuada interpretación de los tipos y en otras ocasiones se debería sin más haber admitido la jurisdicción. Pero lo primero supondría contradecir la doctrina de la Audiencia en los casos de Chile y Argentina, algo que, tras el grave coste político, institucional y diplomático que aquellas resoluciones ocasionaron, ni siquiera se planteaba en aquel momento,<sup>239</sup> y lo segundo (especialmente si no se hizo lo anterior) sería abrir la puerta a un aluvión de demandas que supondría un gran esfuerzo para nuestros tribunales y seguramente también un grave coste político para Espa-

---

<sup>239</sup> Los argumentos mediante los cuales la Sección Tercera de la Sala de lo Penal da marcha atrás en su auto de 31 de diciembre me parecen equivocados y desconcertantes. En mi opinión, el auto del Tribunal Supremo en el caso Otegi no guarda ninguna relación con el sumario 19/97, y las conclusiones que de él saca la Sección Tercera son forzadas y erróneas. Además creo que la Audiencia no hizo una interpretación extensiva de la competencia por el principio de justicia universal, salvo en el caso de las torturas. De lo que sí se hizo una interpretación excesivamente amplia, en mi opinión analógica, es del tipo del genocidio, pero no del criterio que atribuye competencia a nuestros tribunales para el enjuiciamiento de dicho delito. Una vez más se confunden las cosas y se complica todavía más la interpretación de preceptos materiales y procesales.

ña. La sentencia del TS en el caso Guatemala también resulta insatisfactoria, pues, como se ha comentado, desvirtúa absolutamente el principio de justicia universal, aunque tiene de positivo la inclinación por un concepto estricto de genocidio y la correcta aclaración de los criterios de competencia recogidos en la Convención contra la Tortura.<sup>240</sup>

Todo este panorama ha dejado en nuestro país un caótico estado en la interpretación del derecho penal internacional que convendría aclarar de una vez por todas, y la mejor manera de hacerlo es la intervención clara del legislador. Estimo que podría resultar conveniente, en especial como manifestación de la voluntad de España de colaborar con la Corte, introducir la tipificación expresa de los crímenes contra la humanidad, tal y como prevé el proyecto, pero con una redacción más fiel al Estatuto de Roma.<sup>241</sup> Confío en que con ello el delito de genocidio volverá a su significado auténtico, que es además, en mi opinión, el que le otorga el TS, como ya he comentado. Pero creo que ello debe ir acompañado de una modificación de los crímenes de guerra, no solo para completarlos con las conductas no previstas, cosa que de momento el prelegislador ha omitido, sino también para abandonar la técnica de la remisión a los delitos comunes de resultado, que no puede traer más que confusión y disfunciones. Respecto del principio de jurisdicción universal estimo conveniente su extensión a todos los delitos internacionales, como se ha sugerido, pero creo también necesario que se haga de forma subsidiaria, no en el sentido erróneo en que lo interpretó la Audiencia en el caso de Guatemala, sino cediendo expresamente la competencia a la Corte Penal Internacional en los casos en que el delito no se haya cometido en España ni el autor o la víctima sean españoles y aquella pudiera actuar, y también al país que sea competente por un principio preferente como el de territorialidad y haya iniciado ya un proceso que ofrezca garantías de imparcialidad, y solo en el caso de que ninguno de los dos inicie el procedimiento actuarían los tribunales españoles aplicando el principio de justicia universal. Incluso podría añadirse algún otro requisito que responda al principio de oportunidad, como por ejemplo la presencia (actual o posible) del acusado, tal y como se ha hecho en Alemania, para evitar la proliferación de procesos que evidentemente no llegarán a buen término.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Véase *supra* el punto C.

<sup>241</sup> Véase la crítica *supra* al hablar de la fuente del crimen contra la humanidad y en el apartado anterior al exponer el contenido del proyecto.

<sup>242</sup> Se ha sugerido incluso modificar la LOPJ sometiendo la jurisdicción de nuestros tribunales por el principio de justicia universal al requisito de que los hechos afecten a los intereses nacionales. Pero en mi opinión esto supone limitar el principio en exceso, desnaturalizándolo, pues en realidad se reconduce a los principios de personalidad pasiva (que quizás no estaría de más introducir de alguna manera en nuestra legislación, especialmente para los supuestos en que la justicia del Estado del territorio no ha actuado) y de protección de intereses.

Habría sido deseable que la legislación española estuviera ya adaptada a las necesidades de cooperación con la Corte en el momento en que el Estatuto entró en vigor, pero el ritmo legislativo no lo ha permitido. Sin embargo, todo parece indicar que las reformas necesarias estarán concluidas en breve y la legislación nacional estará preparada en el momento en que la Corte entre en funcionamiento.

### Bibliografía

- AGUADO RENEDO, César, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, 2001.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea*, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, 1987.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 1997.
- AMBOS, Kai, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania, España*, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de derecho penal*, 1997.
- BASSIOUNI y MCCORMICK, *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, 1996.
- BASSIOUNI, Cherif, *Derecho penal internacional*, 1984.
- BASSIOUNI, Cherif, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 1996.
- BELTRÁN BALLESTER, Enrique, “El delito de genocidio”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 6, 1978.
- BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, “La figura del acusador público ante el principio de justicia universal”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, “Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, t. I, 1996, t. II, 1998, t. III, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.) y otros. *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996.
- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 1999.
- COMAS DE ARGUEMIR, “La aplicación judicial del principio de justicia universal en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001.

- CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1960.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “Principio de legalidad penal y Constitución”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa, “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apolo-gía”, en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, n<sup>o</sup> 1757, 1995.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n<sup>o</sup> 58, 1996.
- DÍAZ PALOS, Fernando, *Legítima defensa*, 1971.
- DÍAZ PALOS, Fernando, “Obediencia debida”, en separata de *NEJ*, 1982.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, 1990.
- DROST, P. N., *The Crime of State. Penal Protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, II, Genocide, 1959.
- ESER, Albin, “Art. 31”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Causas de levantamiento de la pena*, 2000.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Art. 607”, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barrei-ro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Los delitos de genocidio”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n<sup>o</sup> 42, 1997.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, en *La Ley*, año XIX, n<sup>o</sup> 4693, 1998.
- FENRICK, William J., “Art. 28”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FENRICK, William J., “Art. 8”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- FERNÁNDEZ FLORES, José Luis, “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en Blecua y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, 1999.
- GILI PASCUAL, Antoni, *El encubrimiento en el Código Penal de 1995*, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre algunos problemas jurídicos del caso Pino-chet”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- GONZÁLEZ GUTIÉN, Luis, “La apología en la reforma penal”, en *Revista de la Facul-tad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico n<sup>o</sup> 6, 1983.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de derecho penal español*, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 1994.

- GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2000.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *ADPCP*, 1993, 2, XXXVII.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “El ‘iter criminis’ en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “El ‘iter criminis’ en el Código Penal español de 1995”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos, nº 6, 2002.
- HENZELIN, Marc, “L’immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice”, en *Revue Pénale Suisse*, t. 120, fasc. 3, 2002.
- HENZELIN, Marc, “La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l’arrêt Yerodia”, en *Revue Générale de Droit International Public*, nº 4, 2002.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Curso de derecho penal militar español*, 1990.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro homenaje a Ángel Torío*, 1999.
- JÄHNKE, Burkhard, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, t. 5, 10ª ed., 1984.
- JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, 1987.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile”, en *El principio de Justicia Universal*, 2001.
- LANDA GOROSTIZIA, Jon, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996.
- LAY, “§ 220 a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, t. 2, 9ª ed., 1974.
- LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996.
- MAGLADI, Mª José, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, 1976.
- MAQUEDA ABREU, Mª Luisa, “Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”, en *Poder Judicial*, nº 9, 1998.
- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, José, “Definición de militares”, en Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, 1988.
- MEDINA ORTEGA, Manuel, “La recepción en el derecho español de las sanciones por infracción del derecho de la guerra”, en *ADPCP*, tomo XIV, 1961.
- MELENDO PARDOS, Mariano, Conferencia pronunciada en el curso de Enseñanza

- Abierta “Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales”, 19 de abril de 2002, inédita.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, “El genocidio, delito internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1951.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 1998.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, en Cobo (dir.) y otros, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 2000.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Los delitos contra el derecho de gentes en el Código de Justicia Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 10, 1960.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, 1990.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, 2001.
- QUERALT, Juan José, *La obediencia debida en el Código Penal*, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, t. I, 1955, t. II, 1957.
- QUINTERO OLIVARES (dir.) y VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982.
- SÁENZ DE PIPAONS Y MENGES, J., *Delincuencia política internacional*, 1973.
- SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, III, 1990.
- SÁNCHEZ PATRÓN, “La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001.
- SCHABAS, William, A., “Art. 6”, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- SLEPOY PRADA, “El principio de justicia universal y su regulación en España”, en *El principio de justicia universal*, 2001.
- SOLA RECHE, Esteban, “Sobre el concepto de tentativa inidónea”, en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.
- SUNGA, Lyal S., “La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional”, en Ambos y Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma*, 1999.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Tipo, error de tipo y de prohibición. Crítica de la reforma penal”, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984.

TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute*, 1999.

VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel, *Fundamentos de derecho penal*.

### **Legislación**

La legislación española puede consultarse en la página web del BOE (<[www.boe.es](http://www.boe.es)>), buscando por la fecha de publicación.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995; corrección de errores: BOE nº 54, de 2 de marzo de 1996).

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE nº 296 de 11 de diciembre de 1985).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE nº 11 de 13 de enero de 2000).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985; corrección de errores: BOE nº 264, de 4 de noviembre), modificada por Ley Orgánica de 15 de abril de 1999.

Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional (BOE de 5 de octubre de 2000).

Ley Provisional Estableciendo Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, modificada por decreto de 22 de abril de 1938 y por ley 1/1988 de 14 de enero.

**Elia Patricia Neri Guajardo**

## **México**

### **A. Introducción**

Desde que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se inició el proceso de creación de la Corte Penal Internacional (CPI), la participación del gobierno mexicano en las distintas instancias en que se ha discutido el Estatuto de Roma ha presentado un doble discurso. Es decir, al participar en el Comité Preparatorio, en la misma Conferencia de Plenipotenciarios y en los trabajos posteriores a su aprobación, ha apostado al compromiso internacional de protección de derechos humanos a través del sistema de justicia penal que propone la CPI, pero al mismo tiempo no ha tomado de manera eficaz las medidas necesarias para llegar a convertirse en Estado parte.

Como es conocido por la comunidad internacional, en el momento de votar el Estatuto de Roma México se abstuvo, aduciendo, entre otras cosas, que la inclusión del Consejo de Seguridad en el sistema de justicia de la CPI daba lugar a cuestionar su eficacia e imparcialidad; al mismo tiempo señaló que no se respetaba el estándar de garantías en materia jurídico-penal reconocido constitucionalmente en el caso mexicano.<sup>1</sup> A pesar de ello, el 7 de septiembre del 2000, en el seno de la ONU y con ocasión de la cumbre del

---

<sup>1</sup> Antes de la votación que definitivamente aprobaría el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la delegación mexicana a través de su presidente, el embajador González Gálvez, expresó: “[...] México estima que el Estatuto no es el lugar adecuado para resolver diferencias de interpretación acerca de los poderes de los órganos principales de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta particularmente el hecho de que las Naciones Unidas propiamente dichas están experimentando actualmente un proceso de reforma trascendental que podría incluir cambios en la función y los poderes del Consejo de Seguridad. Vincular a la Corte únicamente con el Consejo de Seguridad, muchas de cuyas decisiones están limitadas por el derecho de veto, es en opinión de México no solamente un grave error político sino también una decisión que carece de fundamento jurídico. México estima que todo tratado que establezca una corte internacional que incluya cláusulas que subordinen las actividades jurídicas de esa Corte a decisiones adoptadas por otro órgano estará en discrepancia con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que declara que un tratado que en el momento de ser concertado esté en conflicto con una norma perentoria del derecho internacional es nulo. Toda cláusula de este tipo sería una infracción del principio de independencia del sistema judicial y el derecho de cada uno a un juicio

milenio, la Secretaría de Relaciones Exteriores firmó *ad referendum* el Estatuto de Roma.<sup>2</sup> Sin embargo, no fue sino hasta el 10 de diciembre del año 2001 que el Ejecutivo Federal remitió al Senado de la República una iniciativa de decreto para reformar el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), por medio de la cual se sugería la adición de 3 párrafos, a efectos de reconocer la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, por último, de la CPI, así como la obligatoriedad de sus sentencias para todas las autoridades del gobierno mexicano.

Cuando la iniciativa de reforma del presidente de la República llegó al Senado, fue vetada prácticamente sin discusión, y solo volvió a la agenda legislativa por el impulso que, a través de un muy reducido grupo parlamentario, logró generar el trabajo de la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI. De esta forma, a través de las instancias correspondientes en el Senado de la República, se recordó a las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Relaciones Exteriores, de Organismos Internacionales, de Justicia, de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos la obligación que normativamente les correspondía de emitir un dictamen sobre la propuesta de reforma constitucional aludida. Finalmente el dictamen fue emitido y sugiere una reforma constitucional que aparentemente pretende resolver la ratificación del Estatuto de Roma adoptando la fórmula francesa, aun cuando en la realidad dicha afirmación es errónea, toda vez que, como se desprende del dictamen referido, la adición constitucional no remite al Estatuto firmado el 7 de septiembre del 2000, sino a una fórmula que impone algunos límites políticos al ejercicio de la jurisdicción de la CPI. En consecuencia, los legisladores mexicanos únicamente demostraron un franco desconocimiento del Estatuto de la CPI y, en definitiva, de la manera en que el país aceptó convertirse en Estado parte.<sup>3</sup>

---

ante un tribunal independiente, que uno y otro son normas perentorias enraizadas en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los párrafos 1 y 2 de los Principios básicos de la Independencia del Sistema Judicial, que la Asamblea General aprobó en las resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. También atribuirían al Consejo de Seguridad funciones y poderes que no le confiere la Carta. México no insistirá en que se someta a votación la enmienda que ha propuesto, pero la no inclusión de su contenido influirá en la decisión que pueda adoptar México acerca del Estatuto en su conjunto [...]”. A/CONF.183/C.1/SR.42, pp. 3 y 4.

<sup>2</sup> Comunicado de prensa de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 7 de septiembre del 2000.

<sup>3</sup> No obstante el dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales, Justicia, Derechos Humanos y de Estudios Legislativos transcribe en su página número 6 la reforma constitucional de Francia, en la página número 7 el dictamen señala textualmente: “[...] ante diversas posibilidades de redacción para el agregado que se propone consideramos adecuado retomar la disposición generada por Francia, cuya experiencia ha sido seguida por otros países como Brasil y Colombia. Esto permitirá salvaguardar el orden constitucional, conservándose la Carta Magna en sus actuales términos al aceptar la posibilidad de actuación de la Corte; además de que con esta medida se ampliará el derecho a la justicia en el caso de los delitos de su competencia y a los que el Gobierno de México someta a la referida Corte [...]”.

En tal sentido, la reforma que se pretende al artículo 21 de la CPEUM es una fórmula que ningún país actualmente miembro del Estatuto de Roma ha utilizado para tales efectos; en consecuencia, no encuentra antecedente en las diversas opciones que los Estados han invocado para incorporarse al sistema de justicia penal internacional de la CPI. Lo anterior se entiende en virtud de que los legisladores mexicanos han impuesto dos candados políticos al ejercicio de la jurisdicción de la CPI. El primero se refiere a una autorización proveniente del Ejecutivo, con la anuencia del Senado de la República, para procesar a un ciudadano mexicano, y la segunda se refiere a la aprobación del ejercicio de la jurisdicción caso por caso.<sup>4</sup>

Sin embargo, dado que el decreto de reforma constitucional no ha agotado el proceso legislativo para ser integrado formalmente a la CPEUM, las posibilidades de encauzar debidamente el camino de México hacia una aceptación de pleno derecho del Estatuto de Roma se observan desde dos perspectivas. La primera recaerá sobre la sociedad civil del país, representada en muy buena medida por la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI y los académicos que apoyan su trabajo a título individual, ya que en breve procederá a un cabildeo en la Cámara de Diputados para lograr echar abajo esta posible reforma del artículo 21 constitucional. Esta posibilidad surge en atención a la misma CPEUM, que señala que, una vez que el Senado de la República aprueba un dictamen de reforma, este deberá ser turnado a la Cámara de Diputados y a las legislaturas locales para su aprobación definitiva.<sup>5</sup> De estas últimas se requiere la anuencia de 16, y aquí es donde radica la importancia del cabildeo antes referido, pues sin el voto aprobatorio de estas legislaturas la decisión del Senado y de la Cámara de Diputados nunca será suficiente para que quede firme la adición constitucional actualmente pretendida.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Véase *infra*, p. 44

<sup>5</sup> En el país existen 32 legislaturas locales. Se requiere la aprobación de 16 de estas para considerar en firme la modificación constitucional referida.

<sup>6</sup> Ciertamente esta posibilidad implica riesgos de que México no forme en el futuro inmediato parte de la CPI, pues si la Cámara de Diputados regresa la reforma del artículo 21 Constitucional a la Cámara de origen —es decir, a la Cámara de Senadores—, esta puede vetar el proyecto y en definitiva aplazar la discusión por tiempo indeterminado. Esto evidentemente entorpecería el proceso de ratificación y por ello, ante la inminencia del cabildeo ante los diputados federales, la Coalición Mexicana de ONG para el establecimiento de la CPI se está cuestionando seriamente la necesidad de realizarlo, sobre todo considerando que los escenarios de cooperación de un Estado parte para con la CPI no se circunscriben exclusivamente a la entrega de un nacional.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

México ratificó el 22 de julio de 1952 la Convención para Prevenir y Sancionar el delito de Genocidio, que entró en vigor el 22 de octubre de ese mismo año.<sup>7</sup> Posteriormente y en cumplimiento de lo señalado por el artículo IV de la Convención, el tipo penal de genocidio fue incluido en el Código Penal Federal (CPF), en el título tercero denominado “Delitos contra la humanidad”, y dicha adición entró en vigor el 23 de enero de 1967.<sup>8</sup> De tal forma, el artículo 149 *bis* de la legislación citada señala:

Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión, y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación [...].

Desde el momento en que la legislación penal mexicana reconoce el tipo penal del genocidio, no se ha verificado en México un solo procedimiento penal por este delito,<sup>9</sup> con excepción hecha de la opinión que el Poder Judicial de la Federación emitió a través del titular del Juzgado Sexto de Distrito en Procesos Penales Federales con sede en el Distrito Federal, Jesús Guadalupe Luna Altamirano, en virtud de la solicitud de extradición del ciudadano argentino Miguel Ángel Cavallo, realizada por el Reino de España, al considerarlo probable responsable de los delitos de genocidio,

---

<sup>7</sup> Según DOF de fecha 11 de octubre de 1952.

<sup>8</sup> La adición se aprobó el 19 de noviembre de 1966 y fue publicada en el DOF el 30 de enero de 1967. Rafael Ruiz Harrel, *Código Penal histórico*, INACIPE, México, 2002, p. 89.

<sup>9</sup> Aun cuando en el ámbito nacional e internacional han sido varios los casos que podrían caer en este supuesto típico, como lo son la matanza de Acteal, Aguas Blancas, Xochitepex y los casos

tortura y terrorismo. La trascendencia de esta opinión consultiva no radica en que haya decidido sobre el fondo del asunto, donde se alega la realización de un hecho genocida, sino en que es la primera vez que un Tribunal de la Federación tiene que reflexionar sobre la regulación de este delito en México, sentando probablemente las bases para casos futuros.<sup>10</sup>

Por lo que se refiere al tipo penal de genocidio incluido en el CPF, pueden desprenderse algunas diferencias sustanciales respecto de la tipificación que realiza la Convención de 1948, entre las que cabe destacar las siguientes:

- a) Al incluir el artículo 149 *bis* la expresión “delitos contra la vida”, debe entenderse que se refiere a todos los delitos comprendidos en el título decimonoveno (“Delitos contra la vida y la integridad corporal”), entre los que figuran el homicidio, las lesiones —que incluyen la integridad corporal, pero también cualquier otra alteración de la salud—, el aborto y el abandono de personas, lo cual significa necesariamente que todas estas conductas realizadas con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso pueden ser subsumidas en el correspondiente tipo de genocidio.
- b) Cuando el artículo en comento exige que la esterilización de los miembros del grupo sea realizada en forma masiva, se incluye un elemento que no se encuentra en la redacción del tipo en la Convención de Genocidio y que decididamente reduce el umbral de actos que pueden ser subsumidos en el tipo correspondiente. Por otro lado, en este mismo aspecto, el artículo 149 *bis* exige como elemento subjetivo específico que la esterilización masiva se dirija a impedir nacimientos en el seno del grupo y no a su destrucción total o parcial, lo cual podría en su momento dar lugar a interpretaciones poco apegadas al sentido originario de la Convención.
- c) Cuando el artículo 149 *bis* señala “si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o la salud de los miembros de dichas comunidades...”, no se sabe si la frase “con idéntico propósito” alude a la intención de destruir total o parcialmente el grupo nacional, racial, étnico o

---

ya documentados de esterilización forzada de mujeres indígenas en el país, en diversas áreas geográficas.

<sup>10</sup> En épocas muy recientes, un grupo de víctimas de los hechos ocurridos en octubre de 1968, mejor conocidos como la Matanza de Tlatelolco, interpuso en contra de los responsables de la seguridad nacional de la época una denuncia de hechos por diversos delitos, entre ellos el de genocidio, sin que hasta la fecha la Procuraduría General de la República, por conducto de la Comisión de Desaparecidos, haya remitido el caso a un juzgado para el formal procesamiento de los probables responsables, ya que la investigación “sigue en curso”. Consúltase <[www.pgr.gob.mx](http://www.pgr.gob.mx)>.

religioso o si, en cambio, refiere a la intención de impedir el nacimiento de niños en el grupo. Y la confusión subsiste si se tiene en cuenta que en ese mismo párrafo se hace referencia a la salud de los miembros de dichas comunidades, aspecto que también puede incidir en la salud reproductiva.

- d) Finalmente, cuando el artículo señala que se considera genocidio el traslado de niños de un grupo a otro, incluye dos elementos también ajenos a la Convención: en primer lugar, exige que se trate de personas menores de 16 años, y en segundo, que el traslado se realice mediante violencia física o moral.

En mi opinión, todas estas variantes incidirán directamente en el aspecto del ejercicio complementario de la jurisdicción de la CPI respecto de la tipificación del delito de genocidio en el orden jurídico interno del país.

Para concluir este punto es pertinente señalar dos últimas cuestiones. En primer lugar, al haberse incluido el genocidio en la legislación penal, en el caso de llevarse en México un procedimiento por este delito se aplicarían las reglas del procedimiento ordinario y las disposiciones contenidas en la parte general del CPF. Esto en virtud de que el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) reconoce como delitos federales los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En segundo lugar, que aun cuando el genocidio es sancionado con pena privativa de libertad, esta no es ciertamente la más grave de las estipuladas por el CPF, que corresponde al homicidio calificado, cuya pena oscila entre los treinta y los sesenta años de prisión.

Como podrá observarse, el legislador mexicano asignó al homicidio calificado una pena sensiblemente más elevada que la correspondiente al delito de genocidio, lo cual no se corresponde con la gravedad que identifica a cada una de estas conductas materia de prohibición. Si bien el homicidio calificado representa un injusto altamente reprochable, también es cierto que un hecho genocida, dadas sus consecuencias e implicaciones, no puede ser considerado como un injusto de menor gravedad.

## ***II. Crímenes de lesa humanidad***

Los crímenes de lesa humanidad, según se encuentran tipificados en el Estatuto de la CPI —en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque— no encuentran ningún reflejo en la legislación penal mexicana. En consecuencia, la única posibilidad de perseguir estos hechos como crímenes internacionales es que alguna figura de las que integran este crimen según el Estatuto de Roma pudiera ser invocada a efectos de exigir una responsabilidad de Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionalmente contraídas. Me refiero a aquellas de proteger y asegu-

rar ciertos derechos fundamentales y cuya omisión nunca puede fundamentar una responsabilidad penal individual.<sup>11</sup>

Tal sería el caso de las figuras típicas contenidas en el artículo 7.1 incisos *b* (exterminio), *c* (esclavitud), *d* (deportación o traslado forzoso de población), *h* (persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, étnicos, culturales, religiosos, etc.), *j* (*apartheid*) y *k* (otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Con relación a estas figuras, es importante señalar que se encuentran prohibidas por diversos tratados internacionales ratificados por México<sup>12</sup> y al mismo tiempo por la CPEUM en su artículo 1º, segundo párrafo, ubicado en la parte dogmática, que señala:

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas [...]

Por lo que se refiere al delito de esclavitud, este sí encuentra una tipificación expresa en el CPF, aun cuando la gravedad del hecho no se refleja en el contenido del artículo 365, fracción II, al establecer:

Se impondrá de tres días a un año de prisión y multa de cinco a cien pesos al que celebre con otro un contrato que prive a éste de su libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre, o que se apodere de alguna persona y la entregue a otro con el objeto de que ésta celebre dicho contrato [...]

---

<sup>11</sup> Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed. revisada y actualizada, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 9 y ss.; y Loretta Ortiz Ahlf, “Soberanía, no intervención y derechos humanos”, en *Revista del Senado de la República*, julio-septiembre, vol 3, n° 8, 1992, México, pp. 126-138.

<sup>12</sup> Enunciativamente: Convenio sobre la Esclavitud, aprobado por el Senado de la República el 26 de diciembre de 1932 y publicado en el DOF el 13 de septiembre de 1935; Protocolo que Enmienda la Convención sobre la Esclavitud, aprobado por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1954 y publicado en el DOF el 11 de mayo de 1955; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas, aprobado por el Senado de la República el 26 de diciembre de 1958 y publicado en el DOF el 24 de junio de 1960; Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Senado de la República el 19 de junio de 1990 y publicada en el DOF el 25 de enero de 1991; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, aprobado por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1954 y publicado en el DOF el 19 de junio de 1956, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por el Senado de la República el 6 de diciembre de 1973 y publicada en el DOF el 13 de junio de 1975; Convenio sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, aprobado por el Senado de la República el 29 de noviembre de 1979 y publicado en el DOF el 3 de abril de 1980. Véase <www.ser.gob.mx/derechoshumanos>.

Por lo que hace a las otras garantías antes señaladas y reconocidas en la CPEUM, a pesar de que el sistema jurídico mexicano permite la tipificación de conductas prohibidas por la vía convencional, si estas no son integradas al derecho penal interno con su correspondiente sanción, la persona que llegase a realizar estas conductas no podría ser acreedora a la imposición de una pena, salvo que se llegase a contrariar el principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este principio se encuentra expresamente regulado en la CPEUM en su artículo 14, segundo y tercer párrafos, que señalan:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho [...]

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En la sección anterior se afirmó que, en virtud del artículo 50 de la LOPJF, son considerados delitos federales los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales.<sup>13</sup> Ello indica que, en concordancia con lo estipulado por la CPEUM, la tipificación de conductas prohibidas a través de la vía convencional es perfectamente posible, pero el problema surge cuando la autoridad judicial deba imponer una pena por la realización de un hecho prohibido por el tratado internacional. Al respecto, el artículo 52 del CPF señala: “El juez fijará las penas y medidas de seguridad dentro de los límites señalados para cada delito”, lo cual confirma la prohibición, establecida en el mismo artículo 14 de la CPEUM, de que los jueces tengan alguna facultad discrecional para determinar la pena aplicable al caso concreto. Con esto se pretende puntualizar que, si bien el ordenamiento jurídico mexicano permite la tipificación de conductas por la vía convencional, si estas no se integran al derecho penal interno y al mismo tiempo se les determina una consecuencia jurídico-penal, no podrán ser consideradas delitos y, en consecuencia, no existirá fundamento para emitir un juicio de responsabilidad sobre el autor.

Cuestión distinta sucede con las conductas contenidas en el mismo artículo 7º del Estatuto de Roma en sus incisos *a* (asesinato), *f* (tortura),<sup>14</sup> *g* (violación) e *i* (des-

---

<sup>13</sup> Véase *supra*, p. 5

<sup>14</sup> México posee del dudoso honor de que las Naciones Unidas nombraran un relator para investigar los hechos en torno a la tortura y la impunidad en el país: el relator Níger Rodley. Esta decisión fue tomada en el seno de dicha institución en virtud de que una comisión de expertos solicitara en 1993, 1995 y 1997 diversos informes al respecto y hubiera fuertes divergencias entre el contenido de los informes y las denuncias presentadas por organizaciones civiles dedicadas en México a la defensa de los derechos humanos. Guillermo Samperio, “Derechos Humanos y tortura en México o la visita de Rodley, Relator de la ONU”, en *Revista del Senado de la República*, julio-septiembre de 1997, vol. III, nº 8, México, pp. 126-138. No obstante lo anterior, y algunos años después de la visita del relator Níger Rodley, tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) como los informes de la Comisión

aparición forzada de personas). Respecto de estos hechos, es posible fundamentar en el derecho penal mexicano la imposición de una pena, pero siempre como materia de prohibición en el ámbito interno y nunca en el internacional.

El asesinato, que en el derecho penal mexicano se correspondería con la figura del homicidio calificado, prohibido por el artículo 302 con relación al 320 del CPF, se castiga con una pena de entre treinta y hasta sesenta años de prisión en la legislación federal, en virtud de haberse dado muerte a otro con las agravantes de ley: premeditación, ventaja, alevosía o traición.<sup>15</sup>

Por lo que hace al delito de tortura, México forma parte de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada en Nueva York en 1984, así como también de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, firmada en Cartagena de Indias en 1985.<sup>16</sup> En atención a ello, mediante el decreto correspondiente se autorizó la actual Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura,<sup>17</sup> que encuentra sustento constitucional en el artículo 19 de la CPEUM, en el cual se prohíbe cualquier maltrato en la aprehensión o en las prisiones. Toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por la leyes y reprimidos por las autoridades.<sup>18</sup>

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone en su artículo 3º con relación al 4º lo siguiente:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada. No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad [...]

A quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta [...].

---

Interamericana reconocen la existencia de la tortura en México, como un problema de suma gravedad. CNDH, *Informe especial sobre las quejas en materia de desaparición forzada de personas, ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80*, <<http://cndh.org.mx/Principal/document/portada.htm>>; e *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 1998. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc.7 rev 1, 24 de septiembre de 1988. Original: Español.

<sup>15</sup> Consúltense la legislación en el sitio <[www.senado.gob.mx](http://www.senado.gob.mx)>.

<sup>16</sup> Publicadas en el DOF el 6 de marzo de 1986 y el 11 de septiembre de 1987, respectivamente.

<sup>17</sup> Publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1991. Antes tuvo vigencia en México otra ley federal para prevenir y sancionar la tortura, publicada en el DOF el 27 de mayo de 1986, que fue abrogada por la publicación de la ley hoy vigente.

<sup>18</sup> Ignacio Carrillo Prieto, “Tortura y Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, nueva época, vol. I, n° 1, PGR, México, 1997, pp. 11-40.

Cuestión sumamente importante con relación al delito de tortura, según lo dispuesto por esta misma ley en su artículo 6º, es que no pueden ser consideradas causas de exclusión de la responsabilidad la existencia de situaciones de inestabilidad política interna, la urgencia en las investigaciones, la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad. Es interesante señalar que en el informe de la CNDH correspondiente al año 2001, el presidente de dicha Comisión se vio obligado a reconocer que la tortura en México es una práctica generalizada de la Policía Judicial, encargada de investigar los delitos y auxiliar del Ministerio Público, cuyas actuaciones se presumen siempre de “buena fe”.<sup>19</sup>

El delito de violación, por su parte, es reconocido en sus diversas modalidades por los artículos 265 al 266 *bis* del CPF, que incluyen el supuesto de violación mediante cópula o bien mediante la introducción de objetos por vía vaginal o anal, independientemente del sexo del sujeto pasivo. También incluye la violación entre cónyuges y algunos otros actos equiparados a la violación, tales como la realización de cópula con persona menor de doce años o con persona que no tenga la capacidad de entender el significado del acto sexual. Todos estos supuestos se castigan con una penalidad que oscila entre los ocho y los catorce años de prisión.<sup>20</sup>

Finalmente, por lo que respecta a la desaparición forzada de personas, México integra este delito a la legislación penal federal en el título décimo (“Delitos cometidos por servidores públicos”). El artículo 215 *a-d* establece lo siguiente:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención [...]

A quien cometa el delito de desaparición forzada de personas se le impondrá una pena de cinco a cuarenta años de prisión. Si la víctima fuera liberada espontáneamente dentro de los tres días siguientes a su detención la pena será de ocho meses a cuatro años de prisión, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. Si la liberación ocurriera dentro de los diez primeros días siguientes a su detención, la pena aplicable será de dos a ocho años de prisión, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos. Estas penas podrán ser disminuidas hasta en una tercera parte en beneficio de aquel que hubiere participado en la comisión del delito, cuando suministre información que permita esclarecer los hechos, y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima [...]

Al servidor público que haya sido condenado por el delito de desaparición forzada de personas, además se le destituirá del cargo y se le inhabilitará de uno a veinte años para desempeñar cualquier cargo, comisión o empleo públicos [...]

La oposición o negativa a la autoridad competente para tener libre e inmediato acceso al lugar donde haya motivos para creer que se pueda encontrar a una persona

---

<sup>19</sup> CNDH, *Informe especial sobre las quejas en materia...* <<http://cndh.org.mx/Principal/document/portada.htm>>.

<sup>20</sup> Consúltense la legislación en <[www.senado.gob.mx](http://www.senado.gob.mx)>.

desaparecida, por parte del servidor público responsable del mismo, será sancionada con la destitución de su cargo, comisión o empleo, sin perjuicio de la aplicación de las penas de los demás delitos en que pudiera incurrir con motivo de su conducta [...].

En diciembre del 2001, y como consecuencia directa del *Informe* de la CNDH antes referido,<sup>21</sup> que también reconoció la existencia de personas desaparecidas, el presidente de la República ordenó a la Procuraduría General de la República (PGR) la creación de una fiscalía especializada, con la misión expresa de investigar la desaparición forzada de cuando menos 275 personas, cifra que ciertamente no coincide con la presentada por la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos (AFADEM), que documenta hasta 1.500 personas desaparecidas en la llamada Guerra Sucia que abarca los años setenta y ochenta del siglo XX.<sup>22</sup>

### III. Crímenes de guerra

México forma parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,<sup>23</sup> del Protocolo adicional I de 1977,<sup>24</sup> de la Convención de Bienes Culturales de 1954, de la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, de la Convención de Armas Convencionales de 1984 y de sus cuatro Protocolos adicionales, de la Convención de Armas Químicas de 1993 y del Tratado de Ottawa de 1997.<sup>25</sup>

Como es sabido, en todos estos tratados relativos al derecho internacional humanitario se incluyen cláusulas por medio de las cuales los Estados contratantes se obligan a realizar en el ámbito interno las adecuaciones necesarias para su efectiva aplicación, lo cual implica un ámbito de aplicación indirecta de dichos instrumentos. Entre estas adecuaciones se encuentra la de tipificar como delitos en la legislación penal interna las acciones u omisiones contenidas en dichos tratados internacionales, a efectos de sancionar su realización, obligaciones que han sido totalmente desatendidas en México a lo largo de varias décadas.<sup>26</sup>

En el CJM vigente en México desde 1934 se incluye, en los capítulos III y IV, un determinado número de tipos penales identificados como *delitos contra el derecho de gentes y delitos de violación de neutralidad o de inmunidad diplomática*, cuya existencia corresponde en forma exclusiva a los tribunales militares, así como la aplica-

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Véase <[www.afadem.org](http://www.afadem.org)>.

<sup>23</sup> Ratificados por México el 29 de octubre de 1952, <[www.cicr.org/spa/partes\\_cg](http://www.cicr.org/spa/partes_cg)>.

<sup>24</sup> Ratificado por México el 10 de marzo de 1983, <[www.cicr.org/spa/partes\\_cg](http://www.cicr.org/spa/partes_cg)>.

<sup>25</sup> Consúltese por todos estos últimos documentos la página web <[www.cicr.org](http://www.cicr.org)>.

<sup>26</sup> Los Convenios de Ginebra de 1949 señalan estas obligaciones en los artículos 49 y 50 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; artículos 50 y 51 del Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; artículos 129 y 130 del Convenio III, relativo al trato de los prisioneros de guerra, y artículos 146 y 147 del Convenio IV, relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra.

ción de sus correspondientes sanciones. Sin embargo, no existe en el ámbito interno ninguna regulación de las violaciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra y a sus dos Protocolos adicionales.<sup>27</sup>

Los conflictos armados internos en México constituyen una problemática que, en opinión de Gómez Robledo, fue prácticamente inexistente hasta 1994, ya que el país gozó de paz social hasta el surgimiento del conflicto armado con el EZLN en el Estado de Chiapas.<sup>28</sup> Por consiguiente, los conflictos armados internos al parecer no constituían un ámbito de reflexión necesario para la doctrina y la jurisprudencia del país.

Sin embargo, esta afirmación resulta inadecuada si observamos dos cuestiones íntimamente relacionadas. La primera es la política que durante décadas ha sostenido México con relación a la no intervención en asuntos internos de otro país; la segunda se refiere a que México no es un Estado parte del Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra. En virtud de la política mencionada, México no interviene en ningún asunto interno de otro Estado y, a cambio, exige reciprocidad. Eso posibilita que los conflictos armados internos y el tratamiento que las autoridades mexicanas hagan de ellos no sean susceptibles de injerencia o competencia de ningún otro Estado. Esta afirmación parece confirmarse con la segunda cuestión, ya que el Protocolo adicional II contempla como crímenes de guerra las violaciones a los Convenios de Ginebra en un conflicto armado interno, respecto de los cuales, significativamente, siempre podrá ejercerse jurisdicción universal. En consecuencia, este olvido o desatención de los conflictos armados internos no se debe a la supuesta paz social, sino que obedece a la firme intención del país de ejercer control exclusivo sobre los hechos que ocurran dentro de su territorio.

De igual forma cabe comentar que el gobierno mexicano nunca ha reconocido la condición grupo beligerante al EZLN, al EPR o a cualquier otro grupo guerrillero en el país, sino que más bien los ha identificado como transgresores de la ley. Es importante señalar al respecto que, a pesar de los centenares de desplazados en el sureste del país cuando se inició el conflicto armado con el EZLN, en 1994, el gobierno mexicano se negó a aceptar la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja, pues ello indirectamente conducía a conceder la condición de beligerantes de los grupos armados. Finalmente se aceptó su presencia en Chiapas, pero únicamente con carácter de intermediario.

#### **IV. Crimen de agresión**

No se encuentra regulado por ninguna disposición del ordenamiento jurídico mexicano.

---

<sup>27</sup> Véase el CJM en sus artículos 208-217, relativos a los delitos contra el derecho de gentes y por violación de neutralidad e inmunidad diplomática, <www.senado.gob.mx>.

<sup>28</sup> Juan Manuel Gómez Robledo, "Los conflictos armados internos en el Estatuto de Roma", en *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, José Antonio Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll (comps.), UIA-SER, México, 2002, pp. 89-95.

**V. Otros tipos de derecho penal internacional dentro del derecho nacional**

El CPF en su título segundo, denominado (“Delitos contra el derecho internacional”) considera como tales la piratería y la violación de inmunidad y neutralidad.<sup>29</sup>

**C. Principios de conexión para la aplicación del poder punitivo nacional**

**I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional**

**1. Ámbito espacial de validez de la ley penal mexicana y sus excepciones.**

Al igual que la mayoría de las legislaciones penales en el mundo, el CPF reconoce el principio de territorialidad como fundamento y base del ejercicio del poder punitivo del Estado,<sup>30</sup> y como excepción a la regla señala la aplicación extraterritorial de las normas jurídico-penales. En el orden jurídico mexicano, una de las principales consecuencias del reconocimiento del principio de territorialidad de la ley penal es que ni las leyes ni las sentencias dictadas por un país extranjero tienen eficacia en el territorio del Estado, y la única excepción es la contenida en el artículo 20 del CPF al señalar que las condenas sufridas en el extranjero serán tomadas en cuenta en el país, siempre y cuando se observe una reincidencia en el delito de que específicamente se trate.<sup>31</sup> Al ser una disposición contenida en la parte general del CPF, esto es aplicable para todos los delitos contenidos en su libro segundo.

---

<sup>29</sup>De tal forma los artículos 146 y 147 señalan: “Serán considerados piratas: I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se encuentran a bordo. II. Los que yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata; y III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación, para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a las aeronaves [...]” y “Se impondrán de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata [...]”.

Por su parte, el artículo 148, donde se describe el delito de violación de inmunidad y neutralidad, dice lo siguiente: “Se aplicará prisión de tres días a dos años y multa de cien a dos mil pesos por: I. La violación de cualquier inmunidad diplomática, real o personal, de un soberano extranjero, o del representante de otra nación, sea que residan en la República o que estén de paso en ella; II. La violación de los deberes de neutralidad que corresponden a la nación mexicana, cuando se hagan conscientemente; III. La violación de la inmunidad de un parlamentario o la que da un salvoconducto; y IV. Todo ataque o violencia de cualquier género a los escudos, emblemas o pabellones de una potencia amiga. En el caso de la fracción III, y si las circunstancias lo ameritan, los jueces podrán imponer hasta seis años de prisión [...]”.

<sup>30</sup>Lucinda Villareal Corrales, *La cooperación internacional en materia penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 156.

<sup>31</sup>Rafael Márquez Piñero, *Derecho Penal. Parte general*, Trillas, México, 1986, pp. 103 y ss.

Dicho lo anterior, la jurisdicción del Poder Judicial Mexicano se ejercerá cuando ciertos hechos delictivos sean realizados por individuos nacionales o extranjeros en el territorio del país. Así, el poder punitivo se ejerce en el propio territorio, sin intervención externa alguna y sin considerar el aspecto de la nacionalidad del sujeto activo del delito.<sup>32</sup> En este sentido se expresa el artículo 1º del CPF al señalar: “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”.<sup>33</sup>

Sin embargo, como se ha mencionado, es muy común que las legislaciones penales contemplen una extensión del ejercicio de la jurisdicción a través del principio de extraterritorialidad. En el caso de México, este principio es regulado en los artículos 2º, fracción I, y 4º del CPF.

El artículo 2º fracción I señala que el Código se aplicará “por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República”, y el artículo 4º establece:

Los delitos cometidos en el extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros; o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió, y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

De ello se desprende que en el ejercicio de la jurisdicción penal mexicana se reconoce el principio de la personalidad activa y pasiva, con las siguientes limitaciones a la aplicación extraterritorial: el sujeto activo del delito debe encontrarse en territorio federal, no debe violentarse en modo alguno el principio de *ne bis in idem* —reconocido en la CPEUM— y se exige la doble incriminación del hecho en los países involucrados.<sup>34</sup>

Ahora bien, por lo que respecta a los crímenes internacionales es muy importante resaltar el contenido del artículo 6º de la legislación penal federal mexicana, que señala:

---

<sup>32</sup> Expediente n° 5/2000, procedencia de la extradición del ciudadano argentino Miguel Ángel Cavallo, fojas 82 y ss.

<sup>33</sup> La aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana también se posibilita en el caso de delitos continuos realizados en el extranjero y que se sigan cometiendo en territorio nacional (artículo 3º del CPF). De igual modo se consideran como realizados en la República los delitos cometidos por mexicanos o extranjeros en alta mar a bordo de buques nacionales; los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o aguas territoriales de otra nación; los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública; y los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los señalados para los buques (artículo 5º del CPF).

<sup>34</sup> Para la justificación de la existencia del principio de extraterritorialidad de la ley penal, véase Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 173 y ss.

Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso del Libro Segundo [...]

Esto significa que la aplicación del poder punitivo del Estado mexicano se rige por los mismos principios, en el caso de delitos contemplados en el propio CPF en su parte especial en el ámbito interno —libro segundo— y también en el caso de crímenes internacionales, contenidos en instrumentos internacionales.

Lo anterior se confirma al estudiar la opinión consultiva emitida por el Poder Judicial de la Federación, referida al caso de la procedencia de extradición del ciudadano argentino Miguel Ángel Cavallo. En esta opinión, el juez Luna Altamirano no invocó el principio de jurisdicción universal para reconocer la procedencia de la extradición referida,<sup>35</sup> sino que justificó, sobre la base del principio de la extraterritorialidad de la ley penal mexicana, el interés de México en que los delitos de genocidio, tortura y terrorismo fueran debidamente juzgados en el Reino de España, a través del razonamiento siguiente:

[...] cuando un Estado incumple con la obligación de juzgar, como sucede en la República de Argentina, se abre la posibilidad para que cualquier Estado ejerza su jurisdicción, pues el propósito fundamental perseguido, es el de no dejar impunes los delitos internacionalmente reconocidos; en consecuencia, una legislación interna, como la española, en donde se establece una norma de competencia extraterritorial para tales delitos, está cumpliendo con los imperativos internacionales, por ser obligaciones *erga omnes*, exigibles para y por todos los Estados.

Ciertamente, la jurisdicción supranacional o extraterritorial, concebida en el seno del derecho internacional consuetudinario, generalmente aceptada por varios Estados del mundo y plasmada en diversas Convenciones multilaterales, permite a los Estados, además de constituir una obligación, tomar las medidas legislativas internas para establecer su competencia respecto a los delitos graves comprendidos en el derecho internacional, sin importar que se hayan cometido fuera de su territorio ni la nacionalidad del autor.

No obstante lo anterior, a juicio de quien emite la presente propuesta (opinión), la llamada jurisdicción universal, término que se menciona en el plano internacional, no se debe ejercer al arbitrio de cada Estado, sino que tiene que existir algún punto de conexión con el cual se identifique al Estado; es decir, la competencia de éste para conocer de los delitos considerados en el derecho internacional debe encontrar su fundamento en la legislación interna, en donde se especifiquen los supuestos por los cuales procede, como pueden ser: el que se atente contra la seguridad del mismo, o bien que el sujeto activo o las víctimas sean nacionales, o cualquier otra circunstancia que lo relacione.

También se puede establecer esa competencia sin importar el lugar de la comisión de los ilícitos, pero con la salvedad de que no se le perseguirá cuando ya hubiere sido juzgado en el lugar donde se cometieron; por lo que en estricto derecho nos encontramos ante el principio de extraterritorialidad de la Ley Penal y no ante una jurisdicción universal.

Lo anterior es así, siendo que, de una correcta interpretación de las Convenciones multilaterales relacionadas, el principal objetivo que se persigue en la comunidad

---

<sup>35</sup> El principio de jurisdicción universal no se encuentra regulado por ninguna disposición del ordenamiento jurídico mexicano en su conjunto.

internacional, es el de investigar, juzgar y, en caso de resultar responsables, castigar a los culpables de los delitos comprendidos en el derecho internacional, con el fin de evitar que en el futuro se cometan atentados graves en contra de la humanidad; pero, se insiste, el conocimiento de tales ilícitos, se debe otorgar inicialmente al Estado en el cual ocurrieron los hechos y en segundo término a cualquier otro Estado que ejerza su jurisdicción en términos de su legislación interna, con lo que se cumpliría con los objetivos antes señalados plasmados en las Convenciones internacionales que contemplan los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, que contienen normas con la jerarquía del *ius cogens*, que no admiten norma en contrario.

La jurisdicción así concebida es tan amplia, que inclusive el hecho de que un Estado, dentro de su legislación interna, no sancione hechos ilícitos considerados dentro del derecho internacional, no exime de responsabilidad, en el derecho internacional, a quien lo haya cometido, lo que significa que si no se juzga en un Estado al autor del ilícito, puede ser juzgado en cualquiera otro que tenga jurisdicción, de acuerdo a su ley interna; según se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice:

“Artículo 15.

”1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

”Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

”2. *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*”.

En ese orden de ideas, el principio de extraterritorialidad de la Ley Penal, en la represión de los delitos de índole internacional, como lo son el genocidio, terrorismo y tortura, preconiza la competencia de los Tribunales de todos los Estados para reprimir los hechos ilícitos causados por el delincuente; es decir, el Estado que quiera juzgar a los responsables de tales ilícitos, debe tener una jurisdicción válida para esos efectos, por tratarse de ilícitos que por su gravedad, provocan que sean afectados intereses de varios Estados, al considerarse delitos cometidos en contra de la comunidad “*delicti iuris gentium*”.<sup>36</sup>

## 2. La situación especial de los crímenes de guerra

Al igual que en los delitos del fuero común, en el fuero castrense se reconoce el principio de territorialidad, al señalar el CJM en su artículo 62 que el tribunal competente para conocer de un proceso será el del lugar donde se ha cometido el delito. La legislación militar establece, en el mismo numeral, una excepción a este principio, pues prevé la posibilidad de que la Secretaría de Guerra o Marina designen una jurisdicción distinta de la del lugar donde se realizó el delito, siempre y cuando las necesidades del servicio de la justicia lo requieran. Esta facultad atribuida a la Secretaría de

---

<sup>36</sup> Extradición n° 5/2000 Ricardo Miguel Caballo, Juzgado Sexto de Distrito, Procesos penales federales en el DF, fojas 160 y ss.

Guerra o Marina es absolutamente discrecional, en virtud de que en el texto del CJM no existe una sola disposición que regule este supuesto.

Las últimas dos regulaciones sobre el ámbito de validez espacial de la legislación penal militar de México, contenidas en el CJM, se refieren a que, cuando no exista certeza sobre el lugar donde se realizó el delito, ejercerá jurisdicción el juez que haya prevenido de su conocimiento y, finalmente, cuando se esté en presencia de un delito continuo, será juez competente el del lugar donde se haya aprehendido al presunto responsable, independientemente del lugar donde aquel se hubiere iniciado.

Por último, cabe comentar que el CJM tampoco regula el principio de jurisdicción universal. Sin embargo, dado que México es Estado parte de los cuatro Convenios de Ginebra, encuentra en dichos Convenios el fundamento jurídico necesario para ejercer jurisdicción universal con relación a estos crímenes, independientemente del lugar de su comisión. Sin embargo, es de recordar que el CJM —que es anterior a los Convenios de Ginebra y ha sufrido muy pocas modificaciones desde su aprobación, en 1934— no tipifica como delitos las infracciones graves de los Convenios ni tampoco de las disposiciones del Protocolo adicional II.

### 3. *Poder punitivo nacional: derecho penal material o derecho procesal penal*

Como en líneas anteriores se ha comentado, el principio de territorialidad y de extraterritorialidad de la ley penal se regula en las primeras disposiciones del CPF. Sin embargo, el CFPP, en su título primero denominado (“Reglas Generales para el Procedimiento”), en el capítulo relativo a la competencia,<sup>37</sup> determina las siguientes reglas:

- a) Es competente para conocer de un delito el tribunal del lugar en que se cometió.
- b) En los casos de los artículos 2º, 4º y 5º fracción V del CPF, será competente el tribunal en cuya jurisdicción territorial se encuentre el inculpado.
- c) Cuando se trate de delitos realizados en el territorio de otro país, ya sea por un nacional o por un extranjero, será competente el tribunal en cuya jurisdicción territorial se encuentre el inculpado; pero si este se encuentra en territorio extranjero, será competente para solicitar la extradición, instruir y fallar el proceso un tribunal con sede en el Distrito Federal que tenga la misma categoría que el tribunal donde inicialmente el Ministerio Público haya ejercido acción penal.
- d) Cuando se trate de delitos realizados en un buque mexicano o en un buque de guerra mexicano —independientemente de la nacionalidad del autor—, ejercerá jurisdicción el tribunal del primer puerto del territorio adonde arribe el buque.

---

<sup>37</sup> Artículos 6 a 14 del CFPP. Consúltense <[www.senado.gob.mx](http://www.senado.gob.mx)>.

- e) Cuando se trate de delitos continuos o continuados, conocerá cualquiera de los tribunales en cuyo territorio aquellos produzcan efectos o se hayan realizado actos constitutivos de tales delitos.<sup>38</sup>

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

En la persecución e investigación de los delitos en el territorio mexicano, obliga el principio de legalidad, como expresamente lo señalan la CPEUM y dos leyes federales. En el ámbito constitucional, el artículo 21 consagra como facultad propia y exclusiva del Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos. Por su parte, el CFPP, mediante sus artículos 113 y 136, expresamente señala que el Ministerio Público y la Policía Judicial procederán a investigar oficiosamente cualquier delito del cual tengan noticia, así como también identifica los casos en que excepcionalmente una investigación o un procedimiento puede ser suspendido; en consecuencia, esta legislación procesal no otorga a esta autoridad dependiente del Poder Ejecutivo facultad discrecional alguna para determinar el inicio o la suspensión de una investigación o procedimiento.<sup>39</sup> Por último, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), en su artículo 2º fracción V, indica que corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos del orden federal. Consecuentemente, al considerar como delitos federales los delitos establecidos en tratados internacionales, es fácil concluir que en el ámbito interno e internacional rige el mismo principio de legalidad en la persecución de estos.

En virtud de ello, se afirma que en el orden jurídico mexicano rige el principio de legalidad en la averiguación de los delitos: el Ministerio Público únicamente podrá iniciar una investigación si cuenta con una denuncia o querrela; posteriormente deberá comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y finalmente ejercer acción penal.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Para efectos del CPF y según su artículo 7º, son delitos permanentes o continuos aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo, y delitos continuados cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viola el mismo precepto legal.

<sup>39</sup> El artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que una averiguación previa no podrá iniciarse oficiosamente cuando se trate de delitos que se persigan por querrela necesaria y esta no se haya presentado, y cuando la ley exija un requisito previo y este no haya sido satisfecho.

Por su parte, el artículo 137 de esta misma legislación procesal señala que el Ministerio Público no ejercerá acción penal cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean delictivos; cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta; cuando pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente, y cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

<sup>40</sup> Lo anterior es la regla; sin embargo, existen algunas excepciones en las que definitivamente opera el principio de oportunidad, algunas veces con relación al particular afectado—cuando se requiere la querrela como requisito de procedibilidad— o bien con relación a criterios de interés público, como

**D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

**I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de la pena en comparación con el Estatuto de Roma**

En el presente apartado he incluido las disposiciones del CPF que aplican para todos los delitos en este ámbito —donde se incluyen los especificados en tratados internacionales— y también las disposiciones que establece el CJM, que importan a los delitos en materia castrense, ya se trate de delitos que atentan contra la disciplina militar o bien de aquellos reconocidos en él como delitos contra el derecho de gentes.

1. Según los artículos 8º y 9º del CPF, las acciones u omisiones delictivas solo pueden ser realizadas dolosa o culposamente. Obra dolosamente quien, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. En consecuencia, el ordenamiento jurídico mexicano reconoce que los delitos del orden federal pueden ser realizados a través de las distintas especies de dolo que dogmáticamente son reconocidas: directo, indirecto y eventual.

El CJM señala que los delitos del orden militar son intencionales o de imprudencia. Se entiende como delito intencional el que se comete con el ánimo de causar un daño o de violar la ley. Resulta sumamente interesante destacar que para la jurisdicción militar mexicana, según lo dispuesto por el artículo 102 del CJM, siempre existirá la presunción de que un delito es intencional, salvo que fehacientemente se pruebe lo contrario. Esta misma disposición indica que la presunción antes citada no se destruye aun cuando el acusado pruebe ante los tribunales:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño; II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, o si el inculpado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, cualquiera que fuese el resultado; III. Que ignoraba la ley; que creía que ésta era injusta, o moralmente lícito violarla; IV. Que creía legítimo el fin que se propuso; V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y que obró con consentimiento del ofendido, salvo el caso en que el perdón o el consentimiento extinguen la acción penal.
2. De igual forma, la legislación penal federal, en el mismo artículo 9º, señala que obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó aunque era previsible, o previó pero confió en que no se produciría, en virtud de la

---

sucede por ejemplo en el caso de la ley federal contra la delincuencia organizada, donde el Ministerio Público se encuentra facultado para realizar procedimientos de negociación con un inculpado a efectos de obtener información para resolver un caso particular. Sergio García Ramírez, *La Corte Penal Internacional*, INACIPE, México, 2002, p. 89.

violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Respecto de los delitos culposos, cabe mencionar que el CPF recoge el sistema del *numerus clausus* a través de su artículo 60, y en dicha disposición no se contiene el genocidio, ni la violación de los deberes de humanidad, ni la piratería, ni ningún otro delito de importancia para el derecho penal internacional.<sup>41</sup> Por ello, la realización de un delito de esta especie en forma culposa trae aparejada la atipicidad de la conducta.

En el caso del derecho castrense, se reconoce como delito imprudencial el que se realiza por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y que causa igual daño que uno intencional.

3. El CPF reconoce en su artículo 15 diversas causas de exclusión del delito, entre ellas el error de tipo y el error de prohibición. La fracción VIII del numeral invocado señala que el delito se excluye cuando “se realice la acción u omisión bajo un error invencible: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”.

Por lo que respecta a los errores de tipo, si estamos ante una hipótesis de error invencible, se elimina el dolo y la conducta es irrelevante para el derecho penal. Sin embargo, si este error de tipo es vencible, se deberá aplicar hasta la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito doloso y una suspensión hasta por diez años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, licencia o permiso, siempre y cuando el delito de que se trate se incluya en el *numerus clausus* de delitos imprudentes.<sup>42</sup>

Ahora bien, en el caso de los errores de prohibición es de hacer notar que la legislación penal mexicana regula el error directo —desconocimiento o alcance de aplicación de la norma jurídica— y el error indirecto —el autor del hecho típico considera que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación—; si cualquiera de estos reviste el carácter de invencible, se elimina cualquier posibilidad de emitir un juicio de responsabilidad sobre el autor. Sin embargo, si este error es vencible, la pena se atenuará hasta en una tercera parte.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Los delitos que pueden ser realizados culposamente en el ámbito penal mexicano son: artículo 150, evasión de presos; artículos 167 fracción VI y 169, ataques a las vías de comunicación; artículo 289, peligro de contagio; artículos 289 a 293, lesiones; artículos 302 y 307, homicidio y homicidio con relación al parentesco; artículo 399, daño en propiedad ajena, y finalmente artículos 415 fracciones I y II, 416, 420 fracciones I, II, III y IV, y 420 *bis* fracciones I, II y IV, relativos a las acciones que atenten contra el medio ambiente. Consúltase <www.senado.gob.mx>.

<sup>42</sup> Atiéndase al contenido del punto 2 de este apartado.

<sup>43</sup> Las consecuencias jurídicas de la existencia de los errores de tipo y de prohibición vencibles se regulan en el artículo 66 del Código Penal Federal.

El CJM, en cambio, no regula como causa de exclusión del delito o de la responsabilidad el error de tipo ni el error de prohibición. Por el contrario, el artículo 102 de la legislación castrense señala que la presunción de que un delito es intencional no se elimina cuando el sujeto ignoraba la ley, cuando erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito ni tampoco en el caso de un error de tipo invencible o vencible.<sup>44</sup>

4. Según el artículo 12 del CPF, existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un ilícito se exterioriza, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Las consecuencias jurídicas de un delito tentado se dividen en dos categorías en la legislación penal mexicana. En un primer caso, la tentativa de un hecho típico habrá de castigarse con una pena de hasta las dos terceras partes de la sanción que se habría impuesto si el delito se hubiese consumado. En un segundo caso, si se está en presencia de la tentativa de un delito grave así calificado por la ley, el hecho habrá de castigarse con una pena de prisión que no deberá ser inferior a la mínima y podrá alcanzar hasta las dos terceras partes de la pena máxima prevista para el delito si este se hubiera consumado.

Resulta sumamente interesante hacer notar que el CFPP señala como delitos graves, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, el terrorismo, la piratería, el genocidio, la desaparición forzada de personas y la tortura, entre otros. Esto implica que el autor de estos delitos, ya sea en su forma tentada o como delito consumado, deberá asumir el correspondiente proceso en prisión preventiva y, en consecuencia, sin la posibilidad de gozar del beneficio de la libertad caucional.<sup>45</sup>

Por último, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena alguna por el delito de que específicamente se trate, independientemente de la pena que en su momento pueda aplicarse por los actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

---

<sup>44</sup> Cuando se atiende a la fracción III del artículo 102 del CJM pueden surgir muchas discusiones dogmáticas al tratar de descubrir la institución jurídica que regula. En lo personal, me inclino a pensar que en su primera parte se contiene la fórmula del error de tipo invencible, ya que explícitamente señala que el autor no obró con intención de producir un resultado, si este fue consecuencia necesaria y notoria del acto u omisión delictivos. En consecuencia, esta redacción parece sugerir que el dolo no se constituye por la ausencia del elemento volitivo, aun cuando el cognitivo sí está presente. En la segunda parte de esta fracción me inclino a pensar que se reconoce la figura del error de tipo vencible, pues refiere que el autor del delito no pudo prever una consecuencia que cualquier otra persona sí habría previsto, lo cual, dogmáticamente hablando, constituye una de las características de este error. Ahora bien, independientemente de mis especulaciones, esta disposición no encuentra ningún orden o sistematización, situación que probablemente obedece a que este artículo no ha sido reformado desde el año 1933 —fecha en que se promulgó el CJM—, o bien al hecho de que, dadas las características del derecho castrense, que se rige por los criterios de disciplina y jerarquía, una reglamentación harto vaga posibilita una interpretación *ad hoc* para cada caso concreto.

<sup>45</sup> Artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativo a los incidentes de libertad.

En el fuero militar, según las disposiciones del artículo 105 del CJM, los delitos serán punibles en todos sus grados de ejecución: conato, delito frustrado y delito consumado. El artículo 106 —del mismo código— señala que existe conato de delito cuando se ejecutan uno o más hechos encaminados directa o indirectamente a la consumación. El conato será punible cuando estos hechos den a conocer por sí mismos o a través de algunos indicios el delito que se pretendía conocer; cuando esto no sea posible, los hechos serán considerados como meros actos preparatorios. Finalmente, es necesario señalar que el CJM no contiene ninguna regulación sobre el desistimiento.

5. El artículo 13 del CPF reconoce como personas responsables de los delitos a título de autor: al material, al coautor, al autor mediato y al instigador; y como partícipes: al cooperador necesario y al cómplice. De igual modo establece que los autores o partícipes responderán en la medida de su propia culpabilidad, considerando que en el caso del cooperador necesario y el cómplice deberá aplicarse una pena de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate. Con esto último se quiere expresar que la acción del autor del delito es desaprobada por el ordenamiento jurídico penal con mayor fuerza que las acciones desarrolladas por los partícipes. Finalmente, hay que recordar que los delitos contra el derecho internacional —piratería y violación de inmunidad y neutralidad— y los delitos contra la humanidad —violaciones de los deberes de humanidad y genocidio—, así reconocidos en el CPF, son delitos del orden federal, al igual que los especificados en tratados internacionales de observancia obligatoria para México; en consecuencia, habrán de aplicarse las normas contenidas en la parte general de esta legislación.

El CJM, con relación a las cuestiones de autoría y participación, contiene una serie de disposiciones tan complejas y confusas como lo es de suyo todo el derecho penal castrense mexicano, que evidentemente no asume las categorías del derecho penal ordinario.<sup>46</sup> A través de sus artículos 109, 111 y 116 contempla las figuras de la autoría, la complicidad y el encubrimiento, respectivamente.

---

<sup>46</sup>“Son autores de un delito: I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquéllos de su autoridad o poder, o valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas o de culpables maquinaciones o artificios; II. los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí ni hayan preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros los cometan; III. los que con carteles dirigidos al pueblo, o al ejército, o haciendo circular manuscritos o impresos, o por medio de discursos estimulen a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas; IV. los que ejecuten materialmente el acto en que el delito queda consumado, exceptuando el caso del artículo siguiente; V. los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en los actos de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse; VI. los que ejecutan hechos que, aunque a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos, o requieren mayor audacia en el agente, y VII. los que

6. Según la legislación penal federal en su artículo 7º, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Y señala que “en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente”.

El CJM no contiene una disposición que específicamente regule la omisión, como una forma de realización del delito, donde se refieran las fuentes que originan la posición de garante. Sin embargo, a través de la lectura de ciertas disposiciones aisladas del CJM, puede presumirse la relevancia de la omisión en el derecho penal militar. Ejemplo de ello son los artículos 109 fracción VII, relativo a los autores del delito, y el 121 fracción I, que refiere las circunstancias que habrán de tomarse en cuenta para agravar o disminuir la responsabilidad criminal. El primer artículo citado señala que es autor el que por su empleo o comisión tiene el deber jurídico de impedir o de castigar un delito y a pesar de ello permite su realización o procura su impunidad. Por su parte, el artículo 121 establece que a tales efectos habrá de considerarse, entre otras cosas, la naturaleza de la acción u omisión. Con lo cual puede afirmarse que en el fuero castrense la responsabilidad penal puede individualizarse con independencia de la forma —activa u omisiva— que revista la realización del hecho típico.

7. La responsabilidad especial del superior jerárquico no encuentra en el CPF regulación alguna. Sin embargo, el CJM, en el capítulo relativo a los autores del delito, especifica a través del artículo 110 que, cuando el cumplimiento de una orden del servicio implique la violación de una ley penal, serán res-

---

teniendo por su empleo o comisión el deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

”[...] Son cómplices: I. Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas u otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o la ejecución, si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros; II. los que sin valerse de los medios de que habla la fracción I del artículo 109, emplean la persuasión o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de éste, pero no la única; III. los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesorio; IV. los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga o protegen de cualquier manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito, y V. los que sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que va a cometer el delito, y debiendo por su empleo o comisión impedirlo, no cumplen con ese deber.

”[...] Son encubridores de primera clase, los que sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes: I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose los encubridores de los unos o de las otras; II. procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o que se descubra a los responsables de él, y III. ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida”.

ponsables el superior que la haya dictado y los inferiores que la ejecuten, de acuerdo con las siguientes reglas:

- I. Si la comisión del delito emanare directa y notoriamente de lo dispuesto en la orden, el que la hubiese expedido o mandase expedir será considerado como autor, y los que de cualquiera manera hayan contribuido a ejecutarla serán considerados como cómplices, en caso de que se pruebe que conocían aquellas circunstancias, y sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieren haber incurrido tales cómplices, si, para dar cumplimiento a dicha orden, hubiesen infringido, además, los deberes correspondientes a su clase o al servicio o comisión que estuvieren desempeñando;
  - II. si la comisión del delito proviniese de alteración al transmitir la orden o de exceso al ejecutarla, por parte de los encargados de hacer una u otra cosa, éstos serán considerados como autores, y los demás que hubiesen contribuido a la perpetración del delito serán reputados como cómplices, en los mismos términos antes expresados, y
  - III. si para la perpetración del delito hubiere precedido a la orden, acuerdo o concierto entre el que la expidió y alguno o varios de los que contribuyeron a ejecutarla, uno y otros serán considerados como autores.
8. El CPF no regula de manera expresa, como causa de exclusión del delito, la conocida como “cumplimiento de una orden”. Sin embargo, el artículo 15 fracción VI del CPF señala que el delito será excluido cuando el sujeto actúe amparado por el cumplimiento de un deber jurídico o el ejercicio de un derecho, siempre y cuando exista la necesidad racional del medio empleado y que además no se realice con el propósito de perjudicar a otro.

El CJM, por su parte, sí la reconoce como causa de exclusión en su artículo 119 fracción VI. Señala que el delito será excluido cuando se obedezca a un superior “aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía”. Sin embargo, no existe en el CJM un listado de acciones en que se reconozcan estas excepciones. Sí se regula, en cambio, el delito de insubordinación, en el capítulo I del título IX denominado “Delitos contra la jerarquía militar y la autoridad”; allí se señala que realiza este delito “el militar que con palabras, ademanes, señas, gestos o de cualquier otra manera, falte al respeto o sujeción debidos a un superior que porte sus insignias o a quien conozca o deba conocer”.

9. En el mismo artículo 15 fracción IV del CPF se reconoce la legítima defensa como una causa de justificación que excluye el delito. Se regula de la siguiente manera:

[...] Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

En caso de que se den todos los requisitos, se excluye por completo la antijuridicidad del hecho ejecutado. Si se presupone un exceso en la legítima defensa, estado

de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, se le impondrá la pena de un delito culposo, es decir las dos terceras partes de la pena correspondiente al delito doloso.

El CJM, regula la legítima defensa en su artículo 292.<sup>47</sup>

10. El estado de necesidad se regula en el artículo 15 fracción V del CPF, y se le reconocen efectos justificantes y exculpantes. Será justificante cuando se lesione un bien de menor valor que el salvaguardado, y será exculpante cuando ambos bienes sean de idéntico valor.

El CJM, por su parte, regula el estado de necesidad en el artículo 119 fracción VII, que establece que el delito se excluirá cuando se infrinja “una Ley Penal dejando de hacer lo que mande por un impedimento legítimo o insuperable, salvo que, cuando tratándose de la falta de cumplimiento de una orden absoluta e incondicional para una operación militar, no probare el acusado haber hecho todo lo posible, aun con inminente peligro de su vida, para cumplir con esa orden”. Como podrá observarse, la fórmula del estado de necesidad en el CJM responde a intereses muy diversos con relación a la regulación que se contempla en el CPF.

11. El artículo 34 de la CPEUM reconoce como ciudadanos mexicanos a las personas mayores de 18 años y es a partir de este momento que los considera sujetos de derechos y obligaciones. Por su parte, el CPF no alude en ningún momento a la edad límite para exigir de una persona el cumplimiento de una pena; sin embargo, sí reconoce como causa de exclusión del delito la inimputabilidad, al señalar en su artículo 15, fracción VII, primera parte, que el delito se excluye cuando “al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter antijurídico de aquel”. Finalmente la Ley Federal para el Tratamiento de Menores Infractores, establece que el Consejo de Menores tendrá competencia para conocer de “los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales”. En consecuencia, si se realiza una interpretación armónica de estas normas puede llegar a concluirse que la mayoría de edad penal se alcanza a los 18 años de edad, al ser titular de derechos y obligaciones según concede la propia Constitución federal al reconocerlos como ciudadanos de la República.<sup>48</sup>

No obstante las afirmaciones anteriores, el CJM reconoce una edad diferente para sujetar a una persona a responsabilidad penal, pues en su artículo 153 señala que

---

<sup>47</sup> Consúltase <[www.senado.gob.mx](http://www.senado.gob.mx)>.

<sup>48</sup> Por otra parte, México forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo primero señala que debe entenderse como niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Esta Convención fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el DOF el 25 de enero de 1991. Silverio Tapia Hernández (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, CNDH, México, 1999.

“los menores de 18 años que por cualquier causa estuviesen prestando sus servicios al ejército serán castigados con la mitad de las penas corporales señaladas respecto del delito cometido”. Esto implica que, si bien la minoría de edad penal se reconoce en el ámbito castrense como una atenuación de la pena, ello no implica que con esta disposición no se violenten disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y las correspondientes al Derecho de Ginebra, donde se considera como niño a toda persona menor de 18 años y se prohíbe la participación de menores de 18 años en las hostilidades.

12. Como se ha mencionado, el CPF señala expresamente como delitos contra el derecho internacional la piratería y la violación de inmunidad diplomática. En el caso de la piratería la pena específica es de quince a treinta años de prisión y el decomiso de la embarcación. En el caso de violación de inmunidad la pena general es de tres días a dos años, reconociendo como un tipo con pena agravada —a juicio del juzgador— la violación de inmunidad de un parlamentario y la que otorga un salvoconducto, ya que se contempla la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad que puede alcanzar incluso los seis años de prisión.

Por lo que respecta a los delitos contemplados en el título “Delitos contra la humanidad”, es decir, violación a los deberes de humanidad y genocidio, se establecen las siguientes reglas: en el primer caso se aplica prisión de tres a seis años, salvo lo dispuesto por el CJM; el genocidio se castiga con una pena de veinte a cuarenta años de prisión, y si el sujeto activo es un funcionario o servidor público, será además separado de su cargo e inhabilitado para desempeñar cargos en la administración pública.

Según las disposiciones del CJM, los delitos contra el derecho de gentes serán castigados con la pena de muerte, que podrá ser sustituida por una pena privativa de libertad de ocho años si no hubiese una declaración de guerra o una declaración de reanudación de hostilidades.<sup>49</sup> Por otro lado, se castiga con pena de prisión de hasta doce años a quien, sin la exigencia extrema de las operaciones de guerra, incendie edificios, saquee poblaciones o ataque hospitales y ambulaciones, entre otras actividades. Sin embargo, el CJM considera que a los promotores de estos hechos deberá aplicárseles la pena de muerte.<sup>50</sup> Finalmente, la utilización de un buque de guerra para realizar robos u otras violencias se castiga con la pena de diez años de prisión, que podrá llegar a la pena de muerte si al apresar la embarcación se producen muertes, lesiones graves o se deja a personas sin posibilidad de salvar sus vidas.<sup>51</sup>

En ninguno de los dos casos se discuten fines especiales de la pena.

---

<sup>49</sup> Artículo 208 del CJM.

<sup>50</sup> Artículo 209 del CJM.

<sup>51</sup> Artículo 213 del CJM.

13. Tomando en consideración que a los delitos internacionales reconocidos en el CPF y a los establecidos por tratados internacionales obligatorios para México deben aplicarse las disposiciones de la parte general de esta legislación, es de hacer notar el contenido del artículo 11, que señala:

[...] cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia, la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública [...]

Sin embargo, los Estados, los partidos políticos y los sindicatos quedan excluidos de esta disposición, que finalmente representa una facultad discrecional del juez conecedor del asunto —con lo cual la disolución de la sociedad se convierte en una consecuencia sancionatoria— y que depende de la existencia de una responsabilidad penal individual. Por otro lado, cuando esta disposición menciona “los casos exclusivamente especificados en la ley”, se refiere al homicidio y las lesiones, a los delitos que representen un daño al medio ambiente, los delitos en materia de derechos de autor y, finalmente, los delitos contra la salud,<sup>52</sup> con lo cual los crímenes de derecho internacional quedan excluidos de esta disposición.

14. La cuestión de las inmunidades de funcionarios ha sido objeto de un acalorado debate en el Senado de la República, donde se ha sostenido reiteradamente que los artículos de la CPEUM relativos a la responsabilidad de los funcionarios públicos entran en franca contradicción con el artículo 27.2 del Estatuto, ya que esta disposición limita las garantías constitucionales de quienes desempeñen un cargo público o de elección popular y restringe en consecuencia su libertad y seguridad. En consecuencia, estas disposiciones constituyen uno de los mayores impedimentos para conseguir una pronta ratificación del Estatuto de Roma.<sup>53</sup>

La práctica mexicana reconoce el principio de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en el ejercicio de sus potestades estatales, aun cuando establece algunas excepciones al principio y exige un trato recíproco.<sup>54</sup> Por lo que se refiere

---

<sup>52</sup> Alma Lorena Falcón Lozada, “La problemática de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal del tercer milenio”, en *Alter*, nueva época, n° 2, pp. 150-345 (en prensa).

<sup>53</sup> García Ramírez, o. cit., p. 93.

<sup>54</sup> Estos casos son los siguientes: a) demandas en que el Estado extranjero demandado, voluntaria y expresamente acepte la jurisdicción del tribunal nacional que conozca de la causa; b) demandas en que el Estado extranjero no invoque expresamente su inmunidad; c) demandas entabladas por el Estado extranjero ante un tribunal nacional; 4) demandas que no se refieran a actividades desempeñadas por el Estado en ejercicio de su soberanía, y 5) no se concede inmunidad a los Estados extranjeros que en litigios presentados ante sus tribunales no reconozcan en reciprocidad la inmunidad jurisdiccional del Estado mexicano. Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho internacional público*, 2ª ed., Harla, México, 1993, p. 130 y ss.

a los jefes de Estado, agentes diplomáticos y consulares, se reconocen los estándares internacionalmente establecidos.

En el ámbito penal interno rige el principio de igualdad de las personas frente a la ley penal, como lo ordena el artículo 13 de la CPEUM: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación podrá tener fuero”. Esto significa que las personas que participen en la comisión de un delito serán responsables en la medida de su propia culpabilidad.

Sin embargo, muy comúnmente se reconoce el mal llamado *fuero constitucional* para los diputados y senadores del Congreso de la Unión, a través del artículo 61 de la CPEUM, en el que se establece que ellos serán inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Por otro lado, congruentemente con el principio de igualdad de las personas ante la ley penal, el título cuarto de la misma CPEUM, dedicado a las responsabilidades de los servidores públicos, contiene algunas disposiciones relevantes para el castigo de crímenes internacionales. El artículo 108, por ejemplo, en lo tocante al presidente de la República, señala que durante el tiempo de su mandato podrá ser acusado solo de traición a la Patria y delitos graves del orden común. Debe recordarse que los crímenes internacionales se reputan en el sistema jurídico mexicano como delitos del orden federal.<sup>55</sup> Con todo, los gobernadores de los estados, los diputados locales y los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales serán responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, lo cual significa que ellos sí podrán ser sujetos de persecución por la realización de actos así calificados, durante y evidentemente después de su encargo.

Por su parte, el artículo 109 de la CPEUM señala que la comisión de delitos por cualquier servidor público<sup>56</sup> será sancionada en los términos de la legislación penal, aun cuando para proceder penalmente contra ellos durante el ejercicio de su función la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión deberá decidir si ha lugar a proceder contra el inculpado o no. Si se determina la no procedencia, las autoridades correspondientes podrán enjuiciar al responsable cuando su encargo haya concluido.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Véase *supra*.

<sup>56</sup> En términos de lo que establece la misma Constitución federal en su artículo 108, serán considerados servidores públicos los representantes de elección popular, los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, así como también todo funcionario que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal. En el caso de los estados de la federación y los municipios, las constituciones locales determinarán quiénes ostentarán este carácter.

<sup>57</sup> El título cuarto de la CPEUM, relativo a las responsabilidades de los servidores públicos, abarca los artículos 108 a 114, que ciertamente han sido invocados en diversos foros nacionales y en el mismo Senado de la República, como incompatibles con el Estatuto de la CPI. Por otro lado, estas disposiciones se complementan con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

15. En el orden jurídico penal mexicano la prescripción extingue la acción penal y las penas respecto de los delitos federales, según lo dispuesto por los artículos 100 a 115 del CPF. Las reglas generales de la prescripción indican:
- a) Cuando el responsable se encuentre fuera del territorio nacional los plazos se duplicarán.
  - b) Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos, tomando en consideración la modalidad del delito: si se trata de un delito instantáneo, se contará a partir del momento en que se consumó el delito; si es un delito continuo o tentado, a partir del último día en que se ejecutó el último acto o se omitió la conducta debida; si es un delito continuado, a partir de que se realizó la última conducta; y si se trata de un delito permanente, a partir de la cesación de la consumación.
  - c) Los plazos para la prescripción de las sanciones son igualmente continuos y comenzarán a contarse a partir del día en que el probable responsable se sustrajo a la acción de la justicia.
  - d) La acción penal prescribe en un año si el delito solo mereciere multa; cuando se trate de pena privativa de libertad prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad señalada; y, por último, la acción penal puede prescribir en dos años cuando el delito sea sancionado únicamente con destitución, inhabilitación o privación de derechos.
  - e) La pena privativa de libertad, por regla general, prescribe en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años.

Por lo que atañe al derecho castrense, los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si es instantáneo, y desde que cesó, si es continuo. Los términos para la prescripción en el CJM son los siguientes:

- a) en un año si el término medio de la pena privativa de la libertad fuera menor que ese tiempo o fuera la de suspensión de empleo o comisión;
- b) en tres años si el término medio de la pena de prisión fuera de un año o más, sin exceder de tres, o si la acción hubiera nacido de delito que tenga señalada como única pena la destitución de empleo;
- c) en un tiempo igual al término medio de la pena si este debiera exceder de tres años, y
- d) en quince años si la pena fuera la de muerte.

A pesar de las anteriores reglas en materia de prescripción, México forma parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,<sup>58</sup> a la que ciertamente impuso una declaración interpretativa al señalar:

---

<sup>58</sup> Aprobada por el Senado de la República el 10 de diciembre del 2001.

[...] con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México [...]

Finalmente, con relación al artículo IV de la Convención, que señala que cada país deberá tomar las medidas necesarias para que las reglas generales de prescripción no sean aplicadas a los crímenes internacionales, cabe mencionar que México no ha incluido al respecto ninguna especificación en la legislación penal federal. Sin embargo, dada la interpretación del artículo 133 de la CPEUM que se verá más adelante, no existiría ninguna complicación jurídica en atender al contenido de la Convención y del Estatuto de Roma, en virtud de que jerárquicamente un tratado es superior a las leyes federales del país. En consecuencia, la pertenencia de México a esta Convención implica que, cuando sea Estado parte de la CPI, no existirá en el orden jurídico-penal mexicano ninguna norma que se contraponga a lo establecido por el Estatuto de Roma en su artículo 29.

17. El Congreso de la República tiene la facultad de dictar amnistías con relación a los delitos que deban conocer los tribunales de la federación, según lo establecido por el artículo 73 fracción XII de la CPEUM, y, al ser de su competencia los crímenes internacionales, es evidente que los autores de un crimen de lesa humanidad o de genocidio, por ejemplo, se podrían beneficiar de esta impunidad normativa.

Por su parte, el CPF contempla que la responsabilidad penal se extingue, entre otras razones, en virtud de una amnistía, y esta produce sus efectos, con relación a la acción penal y a las sanciones impuestas, en los términos que la ley de amnistía señale. Si no especifica nada sobre el particular, se entenderá que la ley extingue la acción penal y las sanciones con todos sus efectos. En los últimos años, el único caso registrado en el país fue la amnistía otorgada por el entonces presidente de la República, Ernesto Zedillo, al EZLN, en virtud de los hechos acaecidos en Chiapas en los primeros días del mes de enero de 1994.

La legislación penal mexicana reconoce también el indulto como una causa de extinción de la responsabilidad penal, aunque no es posible que el presidente de la República, en uso de sus atribuciones, lo otorgue respecto de un individuo sentenciado por “traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación o delito intencional contra la vida y secuestro”. Pese a ello, el presidente de la República sí puede otorgar indulto con relación a crímenes como la piratería, la violación de inmunidad y de neutralidad y la violación de los deberes de humanidad, así reconocidos por el CPF, ya que en su artículo 97 este señala que el Ejecutivo federal, en uso de sus facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos, podrá otorgar indulto por delitos políticos, por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter

político o social y por delitos del orden federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación. Las mismas reglas se contemplan en el CJM, en su artículo 201.

17. La retroactividad de las leyes penales se encuentra expresa y tajantemente prohibida en el artículo 14 de la CPEUM, que señala en su primer párrafo: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Este principio también se reconoce en el artículo 117 del CPF al considerar la aplicación retroactiva de la ley penal en *bonam partem*. El derecho penal castrense también respeta y recoge este principio constitucional.
18. El principio de *ne bis in idem* se regula en la CPEUM en su artículo 23 al señalar: “Ningún juicio podrá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver la instancia”. De la regulación que la CPEUM realiza como garantía de los ciudadanos al principio referido no puede desprenderse contradicción alguna con lo establecido por el Estatuto de Roma. Cuando el Estado mexicano detenga a un nacional para entregarlo a la CPI, este individuo podrá interponer, como ante cualquier otro acto de Estado, un amparo ante la autoridad judicial para impedir su entrega. Sin embargo, dadas las formas de cooperación de los Estados con la CPI, México no se encuentra facultado para resolver sobre una supuesta violación al *ne bis in idem*, ya que, conforme al Estatuto de Roma, la CPI es la única facultada para ello. Esto evidentemente no provoca un estado de indefensión ante la CPI, ya que tanto el individuo como el Estado en cuestión —México o cualquier otro— podrán invocar la excepción de cosa juzgada. El individuo, para salvaguardar su derecho de no ser juzgado dos veces por el mismo delito; el Estado, para comprobar que la investigación o, en su caso, el juicio seguido ante sus autoridades satisfizo las debidas garantías procesales y sin la intención de aparentar una administración o procuración de justicia.<sup>59</sup>

## **II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales**

No existen.

---

<sup>59</sup> José Antonio Guevara Bermúdez, “¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiere sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados parte del Estatuto?”, en *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*. José A. Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll (comps.), UIA-SER, México, 2002, pp. 119-131.

### E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”

En el ámbito de la justicia penal federal no existe ninguna regla especial; es decir, el genocidio, la desaparición forzada de personas o la tortura reciben el mismo tratamiento adjetivo y sustantivo que la comisión de cualquier otra figura típica contenida en el CPF.

Esta situación cambia sensiblemente cuando nos referimos a los crímenes de guerra, ya que, según el CJM, es atribución exclusiva de los tribunales militares establecer si un delito es de su competencia. Cuando se habla del procedimiento penal militar, es posible señalar que se respetan las reglas ordinarias del procedimiento penal federal, que fueron incluidas en dicho cuerpo normativo a través de dos reformas prácticamente muy recientes.<sup>60</sup> Sin embargo, dado que los tribunales militares que administran justicia se constituyen por un Tribunal Superior de Justicia Militar, consejo de guerra ordinario, consejos de guerra extraordinarios y jueces militares, cuyas funciones —especialmente de los consejos de guerra— son en muchos casos discrecionales, el hecho de que se sigan las reglas del procedimiento penal federal en ciertos casos no implica ninguna garantía de que las acciones realizadas por militares sean efectivamente sancionadas.<sup>61</sup> Esto se confirma cuando se agrega que el fuero militar

---

<sup>60</sup> La primera en 1994 y la segunda en 1999, ocasiones en que la CPEUM sufrió sendas modificaciones con relación a las garantías individuales que habrían de respetarse en el proceso penal. En 1994 se introdujo en México el concepto de *elementos del tipo penal* —con todas las consecuencias jurídicas que ello trae aparejadas—, para hacer desaparecer el concepto de *cuerpo del delito*; se modificó el CPF para hacerlo un código de culpabilidad y no de peligrosidad o temibilidad, y finalmente se sustituyó el término de *presunta* por el de *probable* responsabilidad penal. Sin embargo, la buena acogida en el ámbito académico de estas reformas, que evidentemente también traspasaron al derecho castrense, fue efímera. En 1994, con el pretexto de combatir la delincuencia, se habló de la necesidad de flexibilizar la ley penal para impedir que los delincuentes se sustrajeran a la acción de la justicia; la contrarreforma alcanzó de nueva cuenta a la justicia militar y se incluyó por primera vez el concepto de cuerpo del delito y presunta responsabilidad. Rafael Ruiz Harel, “Los derechos humanos en México. Reseña de una tragedia”, en *Revista del Senado de la República*, julio-septiembre, vol. 3, n° 78, México, 1999, pp. 192-209, y José de Jesús Duarte Cano, Alfonso Navarrete Prida y Alejandro Ramos Flores, “Procedimiento penal federal y procedimiento penal militar”, en *Revista del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, tercera época, año 93, julio 1999, México, pp. 57-67.

<sup>61</sup> El proceso penal militar sigue las siguientes etapas: La Procuraduría General de Justicia Militar investiga si hay un delito. Si se dan los elementos necesarios, el Ministerio Público Militar consigna la averiguación ante un juez castrense. El juez puede ordenar la aprehensión y se encarga de verificar la instrucción del proceso. Si el delito de que se trata no se castiga con pena privativa de libertad de más de un año, el juez dictará sentencia. En caso contrario deberá convocarse a un consejo de guerra ordinario, que emitirá un veredicto, el cual podrá ser apelado ante el Supremo Tribunal Militar. Si el acusado pierde la apelación, entonces podrá invocar el amparo directo y en consecuencia el proceso pasa a la justicia penal federal.

se funda en dos principios castrenses importantísimos: “los pares deben ser juzgados por sus pares” y “el que manda debe juzgar”.<sup>62</sup>

Por otro lado, en virtud de que las normas del CJM tutelan como bien jurídico la disciplina militar, dirigida a la preservación de las instituciones del Estado, con el derecho castrense se busca asegurar el cumplimiento de obligaciones dentro de un orden jerárquico, objetivo e impersonal. Cuando un militar obedece, despliega una acción del Estado; en consecuencia, la jurisdicción militar solo puede ser ejercida si se reúnen dos requisitos: que la persona de que se trate sea efectivamente un militar y que la disciplina militar se haya lesionado.<sup>63</sup>

Seguramente esta es la causa por la cual infinidad de actuaciones indebidas, ilegítimas y que representan violaciones de derechos humanos se mantienen en México en la más absoluta impunidad.<sup>64</sup> Baste recordar la infinita violencia desplegada en los estados mexicanos de Chiapas y Guerrero por miembros del Ejército contra el EZLN y el EPR respectivamente, en un intento del Gobierno mexicano por prevenir la expansión territorial de estos grupos guerrilleros a otras zonas del país. Mientras en el plano internacional se hablaba de un conflicto interno armado, las autoridades mexicanas gubernamentales y militares señalaban que era imposible aplicar el derecho castrense en virtud de que los hechos no constituían crímenes de guerra.

## F. La práctica efectiva de persecución

En México son definitivamente escasos los juicios llevados a cabo por actos que impliquen violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, estas violaciones son el referente de una amplísima impunidad, denunciada en muchas ocasiones por la sociedad civil, sin que se haya logrado una respuesta efectiva de las autoridades gubernamentales. Acteal, Aguas Blancas, el caso de los campesinos ecologistas Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera, El Charco, el asesinato de Digna Ochoa, las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez, la Guerra Sucia y muchos acontecimientos más son la prueba fehaciente de que la firma de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos no es para México más que una herramienta al servicio de fines comerciales y políticos.

El compromiso del presidente de la República de turno con la protección efectiva de los derechos humanos y el combate a la impunidad siempre ha encontrado un

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, si resulta que un consejo de guerra ordinario conoció de un asunto y dictó sentencia, y después se determina que el asunto era competencia de un tribunal de guerra ordinario o de un juez, la sentencia quedará firme (artículo 15 del CJM).

<sup>63</sup> Duarte Cano, Navarrete Prida y Ramos Flores, o. cit., p. 59.

<sup>64</sup> Como ejemplo de ello pueden analizarse los diferentes informes que ONG internacionales han rendido con respecto a México y la situación de los derechos humanos, y la participación francamente activa que ha tenido el ejército en las violaciones a dichos derechos.

importante respaldo en momentos de oportunidad política internacional muy especiales. Baste comentar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos prácticamente se creó en virtud del condicionamiento de los Estados Unidos para la firma del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, en 1994, como también la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la CIDH se concretó en momentos en que la Unión Europea condicionaba la firma de un tratado de libre comercio con México a la plena vigencia y respeto a los derechos humanos en el país.

Ciertamente, algunas actuaciones del gobierno mexicano permiten hablar de una expresión concreta de protección efectiva a los derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, de la activa relación que el gobierno mexicano mantiene con la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, o la aprobación de 13 instrumentos de derechos humanos por el Senado de la República en los últimos períodos de sesiones. Sin embargo, la actuación del Gobierno no se encuentra libre de contradicciones, pues de los informes del relator especial de la ONU en materia de independencia de jueces y abogados y de la relatora especial de la Comisión Interamericana de los Derechos de las Mujeres no se puede apreciar un verdadero interés de las autoridades gubernamentales en cumplir con los compromisos internacionalmente asumidos en materia de derechos humanos.

Los mecanismos fácticos de impunidad que pueden detectarse en el caso mexicano son los siguientes:

- El principal sujeto activo del delito de tortura es la Policía Judicial, auxiliar del Ministerio Público en la investigación de los delitos. El Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo, respecto del cual mantiene formalmente una autonomía técnica, aun cuando en la práctica dicha autonomía es inexistente.
- La Policía Judicial, cuya función es averiguar delitos, carece de una sólida formación técnica en este sentido. Existe una práctica generalizada de detenciones ilegales, totalmente fuera del marco jurídico que determina la CPEUM; por ejemplo, la Policía Judicial realiza detenciones por sospecha o a petición de parte.
- En estricto derecho, el Ministerio Público persigue e investiga los delitos. Sin embargo, al igual que la Policía Judicial, carece de una adecuada formación que le permita dirigir las investigaciones. En consecuencia, no controla la legalidad o arbitrariedad de las detenciones llevadas a cabo por la Policía Judicial.
- En cuanto a la Ley de Amparo, las resoluciones sobre el no ejercicio de la acción penal pueden dar lugar al amparo y la protección de la justicia federal, a través del amparo indirecto. La intervención de la autoridad judicial tiene como fin controlar las actuaciones del Ministerio Público. Sin embargo, se han documentado casos en los cuales esta autoridad no comunica a los afectados su resolución de no ejercicio de la acción penal, fenece el término para que el denunciante o querellante acuda a la justicia federal y, en consecuencia, cualquier intento de obtener su protección es sobreesido.

- Cuando ante la autoridad judicial se consigna un asunto con detenido y este argumenta ante aquel maltrato o tortura, rara vez esta situación es atendida. Con ello, las actuaciones de la Policía Judicial se desenvuelven en un marco de total impunidad. Ahora bien, cuando dichas situaciones se atienden, la actuación de los médicos legistas con frecuencia deja mucho que desear, ya que dada su escasa formación técnica en materia de derechos humanos y comprobación eficaz de huellas de tortura, no cuentan con los medios para identificar cuando una persona ha sido torturada.
- Por consiguiente, puede concluirse que la jurisdicción en México es asumida de facto por el Ejecutivo, que tiene como operadores al Ministerio Público y a la Policía Judicial.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### **I. *Proyectos de reforma***

En el año 2001, el presidente de la República remitió a la Cámara de Senadores una propuesta de reforma del artículo 21 constitucional, para aceptar la jurisdicción de la CPI. Dicha propuesta de reforma señalaba lo siguiente:

Artículo 21.

La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados.

En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.

Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes [...].<sup>65</sup>

Posteriormente, las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Relaciones Exteriores, de Organismos Internacionales, de Justicia, de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos rindieron un dictamen sobre el proyecto de reforma necesario para adecuar el orden constitucional a las necesidades del Estatuto de Roma. En dicho dictamen las Comisiones citadas,<sup>66</sup> después de realizar un análisis de las bondades del Estatuto de Roma y de afirmar que la reforma constitucional era necesaria para posibilitar la continuidad de México en la lucha contra la impunidad y al mismo tiempo

<sup>65</sup> Presidencia de la República, Iniciativa de decreto que modifica el artículo 21 Constitucional, del 30 de noviembre del 2001.

<sup>66</sup> *Gaceta Parlamentaria*, n° 86, 3<sup>er</sup> año de ejercicio, primer período ordinario, Senado de la República, 13 de diciembre del 2002.

asegurar la total cooperación del país con la Corte Penal Internacional, concluyeron que la reforma que debía aprobarse era la siguiente:

Artículo 21. El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional [...].

Tras un debate parlamentario en el que los diversos senadores razonaron sus votos con relación a la adición del párrafo transcrito, el dictamen sobre el proyecto de reforma al artículo 21 Constitucional fue aprobado por 93 votos a favor y 10 en contra.<sup>67</sup>

Como podrá observarse, no existe compatibilidad entre el proyecto de reforma presentado por el Ejecutivo federal y el decreto finalmente aprobado por el Senado de la República. Si bien el primero procuraba un reconocimiento absoluto de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el segundo impone dos candados al ejercicio de esta. En consecuencia, este párrafo que se pretende adicionar propone que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sea facultativa y no automática, al exigir para cada caso específico el reconocimiento de dicha jurisdicción por el Ejecutivo federal, con la aprobación del Senado de la República. Es evidente que esta propuesta desconoce las negociaciones que en torno a esta cuestión se realizaron en el seno de la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, donde se consiguió finalmente que las delegaciones presentes aceptaran una competencia automática y no facultativa.<sup>68</sup>

Curiosamente, el dictamen de las Comisiones señala que se ha tomado como modelo la enmienda constitucional que el gobierno francés realizó para ratificar el Estatuto. Sin embargo, al reformar su Constitución, Francia únicamente señaló: “La República francesa puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”.<sup>69</sup> Al hacerse público el dictamen aprobado por la Cámara de Senadores, las reacciones no se hicieron esperar. Académicos y sociedad civil expresaron su desacuerdo, porque consideraron que con este dictamen simplemente se habían ampliado los márgenes de la impunidad, respecto de la persecución de crímenes sumamente graves que afectan a

---

<sup>67</sup> Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria de la H. Cámara de Senadores celebrada el sábado 14 de diciembre del 2002, p. 51. Muy importante resulta destacar que el proceso de votación referido se realizó con la ausencia prácticamente total del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, que al expresarse en contra de la adición citada al artículo 21 constitucional, por considerarla incompatible con los objetivos atribuidos a la Corte Penal Internacional, decidió abandonar el recinto legislativo.

<sup>68</sup> Hans Peter Kaul, “La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y su alcance”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (coords.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 213-231.

<sup>69</sup> Cristina Pellandini, “La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: la experiencia de los países europeos”, en *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, José Antonio Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll (comps.), UIA-SER, México, 2002, pp. 149-162

la comunidad internacional y, al mismo tiempo, porque se pretende convertir una instancia jurisdiccional internacional en una instancia política.

Así mismo, existen otras circunstancias de naturaleza exclusivamente técnico-jurídicas que es imposible soslayar, atendiendo principalmente a la prohibición de realizar reservas al Estatuto de Roma, según el contenido de su artículo 120.

La propuesta de reforma constitucional que tiene como objetivo la aprobación posterior del Estatuto de Roma en México prácticamente se equipara a una reserva, en términos de lo señalado por el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>70</sup> que establece lo siguiente

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) Que la reserva esté prohibida por el tratado; b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate.

Por otro lado y con relación a esta misma Convención, se cita el artículo 27, que especifica:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...

Dado lo anterior, si llega el momento en que México deposita el instrumento de ratificación del Estatuto y surge la posibilidad de que un ciudadano mexicano sea objeto de investigación o juicio por la Corte Penal Internacional y el presidente de la República o la Cámara de Senadores no dan la aprobación correspondiente, no se procederá a ningún tipo de cooperación contemplada en el Estatuto. Es decir, se invocará el contenido de la Constitución Política para no permitir las actuaciones de la Corte Penal Internacional.

Esto encuentra un ámbito de aplicación aún más complejo si se atiende a la interpretación que recientemente realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación del artículo 133 de la Constitución federal. Este artículo señala:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República y con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Según la interpretación que tradicionalmente se había dado a este artículo, la propia Constitución federal y los tratados internacionales debían considerarse en un mismo nivel jerárquico. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 1999, abandonó este criterio mediante la siguiente tesis jurisprudencial:

[...] Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Persistentemente

---

<sup>70</sup> Aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1972 y publicada en el DOF el 14 de febrero de 1975.

en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto de la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión, y de que los Tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema.

El problema respecto de la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de las dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena "Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".

No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis PC/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa", sin embargo, este Tribunal considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de 10 votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El tribunal pleno, en su sesión privada celebrada el 28 de octubre de 1999, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, DF, 28 de octubre de 1999.

Con esta nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución federal, la SCJN estima que una interpretación literal de esta disposición no es suficiente y en consecuencia ha realizado una interpretación teleológica, considerando al parecer que “será acorde con la Constitución el tratado que amplíe la esfera de libertades de los gobernados, y contrario a ésta el que las restrinja”.<sup>72</sup> En razón de esta tesis jurisprudencial, se considera que el Estatuto de Roma como tratado internacional no es acorde con la CPEUM, y en virtud de ello el Senado de la República justifica su decisión de imponer dos candados políticos al ejercicio de la jurisdicción de la CPI, lo cual muestra un horizonte poco prometedor para esta en el futuro inmediato.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto a poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

En México no es posible sostener jurídicamente la aceptación de la tipificación de conductas por la vía convencional, ni tampoco es posible ejercer el principio de jurisdicción universal, en virtud de la ausencia de una disposición de derecho interno que la justifique. Ello implica que, si bien el país forma parte de una amplísima variedad de tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que señalan conductas materia de prohibición, mientras estas no sean incluidas expresamente en el derecho penal interno no existirá ninguna posibilidad de persecución penal efectiva.

Por lo que se refiere a la obligación de carácter consuetudinario contenida en el párrafo 6º del Estatuto de Roma, con relación al deber de cada Estado de ejercer jurisdicción ante la existencia de los más graves crímenes internacionales, en México, fuera de la opinión jurídico-consultiva del juez Luna Altamirano en el caso de la extradición de Miguel Ángel Cavallo,<sup>73</sup> que invoca el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no existe ningún otro antecedente que haya planteado la aplicación de esta obligación. Tómese en consideración que la resolución emitida no constituye una sentencia del Poder Judicial Federal, sino únicamente una opinión solicitada por la Secretaría de Relaciones Exteriores.

## ***III. Debate jurídico-político***

La situación de los derechos humanos en México es lamentable y esta es una expresión continuamente repetida por diversas ONG, nacionales e internacionales, cuyo sustento y legitimación puede encontrarse en los informes que anualmente presentan al país y a la comunidad internacional. Como ejemplos, vale citar el informe

---

<sup>72</sup> Tania Gabriela Rodríguez Huerta, “El derecho humanitario en México”, en *Concordancias*, CIGRO, año 5, n° 9, septiembre-diciembre del 2000, pp. 9-14.

<sup>73</sup> Véase la sección B. I.

rendido por Amnistía Internacional <sup>74</sup> y por el Centro de Derechos Humanos Agustín Pro,<sup>75</sup> que críticamente han analizado las omisiones e intervenciones del gobierno mexicano en los diversos casos documentados.

La existencia de estas violaciones a los derechos fundamentales se encuentra estrechamente relacionada con la reticencia del Estado mexicano a convertirse en parte de la CPI o bien del mecanismo que a tales efectos se está poniendo en práctica. Al respecto, la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI, cuya Secretaría Técnica se encuentra depositada actualmente en Amnistía Internacional México, muy recientemente ha hecho pública su postura respecto del proceso de ratificación en México del Estatuto de la CPI, que se resume en los siguientes puntos:

- 1) Reconoce el progreso en el camino hacia la ratificación del Estatuto de Roma, aun cuando manifiesta su profunda preocupación por el contenido de la adición del quinto párrafo al artículo 21 constitucional, al considerar que esta limitación, además de ser totalmente innecesaria, podría obstruir en la práctica el trabajo de la CPI.
- 2) Insta a la Cámara de Diputados y a los Congresos estatales a facilitar la ratificación del Estatuto de Roma en el próximo período legislativo, con el objeto de que México sea parte de la Corte Penal Internacional de pleno derecho y sin limitación alguna.
- 3) Finalmente, ha solicitado al gobierno de México iniciar lo antes posible la elaboración de la legislación de implementación necesaria para garantizar que la CPI sea un complemento efectivo de los tribunales nacionales y que las autoridades mexicanas estén preparadas jurídicamente para cooperar plenamente con ella. Asimismo, se ha pedido al Poder Ejecutivo que la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI sea incluida como parte activa en el proceso de elaboración de la legislación de implementación del Estatuto de Roma.<sup>76</sup>

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico internacional

Ninguno.

---

<sup>74</sup> Informe de Amnistía Internacional México, <[www.edai.org/centro.amr/mexico/244103702.htm](http://www.edai.org/centro.amr/mexico/244103702.htm)>.

<sup>75</sup> Informe <[www.sjsocial.org/PRODH/Inicio/espanol.htm](http://www.sjsocial.org/PRODH/Inicio/espanol.htm)>.

<sup>76</sup> <[www.cabildeoamnistia.org.mx](http://www.cabildeoamnistia.org.mx)>.

## **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en México**

Como mencioné al inicio de este informe, México ha asumido un doble discurso con relación a la cuestión de la protección efectiva de los derechos humanos, el combate a la impunidad por actos violatorios de estos derechos y la adopción del Estatuto de la CPI. Al menos en un plano estrictamente formal, podría afirmarse que México desea ser parte de este sistema de justicia penal internacional por el que la comunidad internacional se ha pronunciado positivamente. Pero, al mismo tiempo, no hay indicadores de que las autoridades del Estado mexicano realmente pretendan consolidar una adecuada protección y defensa de los derechos fundamentales. Por otro lado, la sociedad civil en general desconoce el contenido y fin último del Estatuto, y en estos momentos en que exige un endurecimiento extremo del sistema penal —dada la sensación de inseguridad subjetiva y objetiva que priva en el país—, el interés por juzgar crímenes internacionales no parece primordial frente al secuestrador, al homicida y al violador que representan la obligada realidad cotidiana.

En México es inexistente el castigo de crímenes internacionales. A través de la Cancillería se expresa un interés aparentemente real por cada una de las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, y la actitud de los políticos y de los académicos ha evolucionado hacia una lectura más favorable del Estatuto de la CPI. Ciertamente, podría aseverarse que México intenta realizar un esfuerzo para la persecución efectiva de crímenes internacionales al discutir —aun cuando sea manipuladamente— la ratificación del Estatuto de Roma. Empero, la actitud contradictoria que se demuestra entre el discurso oficial y la práctica no merecen otra conclusión.

En definitiva, en muchos aspectos México no cumple los estándares establecidos internacionalmente respecto de la protección y vigencia de los derechos fundamentales. Téngase presente que, a pesar de que el país forma parte de los Convenios de Ginebra —por citar un ejemplo—, no ha tipificado en el derecho interno una sola violación grave a dichos Convenios. Por otro lado, no ha regulado constitucionalmente el principio de presunción de inocencia. Además, el juicio de amparo no es eficaz para combatir las detenciones irregulares —en virtud del cambio de situación jurídica de la persona al ser consignada ante el juez— ni tampoco la desaparición forzada de personas, porque cuando se solicita el amparo y la protección de la justicia federal debe decirse dónde se encuentra físicamente el individuo, información que evidentemente no es posible otorgar cuando se está frente a este delito, con lo que se origina el sobreseimiento de la causa.

Toda esta problemática se debe primordialmente a una tradición autoritaria del poder, al nacionalismo jurídico que insiste en una interpretación extremadamente legalista de las normas y a la insuficiente formación de los juristas mexicanos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

## Bibliografía

- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed. revisada y actualizada, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL MÉXICO, *Informe*, <[www.edai.org/centro.amr/mexico/244103702.htm](http://www.edai.org/centro.amr/mexico/244103702.htm)>.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Tortura y derechos humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, nueva época, vol. I, n° 1, PGR, México, 1997, pp. 11-40.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS AGUSTÍN PRO, *Informe*, <[www.sjsocial.org/PRO-DH/Inicio/espanol.htm](http://www.sjsocial.org/PRO-DH/Inicio/espanol.htm)>.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe especial sobre las quejas en materia de desaparición forzada ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80*, <<http://cndh.org.mx/Principal/document/portada.htm>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 1998*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc.7 rev 1, 24 de septiembre de 1988.
- DUARTE CANO, José de Jesús, Alfonso NAVARRETE PRIDA y Alejandro RAMOS FLORES, “Procedimiento Penal Federal y Procedimiento Penal Militar”, en *Revista del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, 3ª época, año 93, julio de 1999, México, pp. 57-67.
- FALCÓN LOZADA, Alma Lorena, “La problemática de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal del tercer milenio”, en *Alter*, nueva época, n° 2, p. 150-345 (en prensa).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, INACIPE, México, 2002.
- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel, “Los conflictos armados internos en el estatuto de Roma”, en José A. Guevara y Mariana Valdés (comps.), *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, UIA-SRE, México, 2002, pp. 89-95.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. “¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiera sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados parte del Estatuto?”, en José A. Guevara y Mariana Valdés (comps.), *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, UIA-SRE, México, 2002, pp. 119-131.
- KAUL, Hans Peter, “La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y su alcance”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (coords.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 213-231.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *Derecho penal. Parte general*, Trillas, México, 1986.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 173 y ss.
- ORTIZ AHLF, Loretta, “Soberanía, no intervención y derechos humanos”, en *Revista del Senado de la República*, vol. 3, n° 8, julio-septiembre 1992, México, pp. 126-138.

- PELLANDINI, Cristina, “La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: la experiencia de los países europeos”, en José A. Guevara y Mariana Valdés (comps.), *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto)*, UIA-SRE, México, 2002.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Tania Gabriela. “El derecho humanitario en México”, *Concordancias*, CIGRO, Año 5, n° 9, Septiembre-diciembre del 2000, México, pp. 9-14.
- RUIZ HARREL, Rafael, *Código Penal Histórico*, INACIPE, México, 2002.
- SAMPERIO, Guillermo, “Derechos humanos y tortura en México o la visita de Rodley, Relator de la ONU”, en *Revista del Senado de la República*, vol. III, n° 8, julio-septiembre de 1997, México, pp. 126-138.
- TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, CNDH, México, 1999.
- VILLAREAL CORRALES, Lucinda, *La cooperación internacional en materia penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999.

### **Legislación**

- Código de Justicia Militar, <www.sedena.gob.mx>.
- Código Federal de Procedimientos Penales, Depalma, col. Penal, México, 2002, <www.senado.gob.mx>.
- Código Penal Federal, Sista, México, 2002, <www.senado.gob.mx>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2002. <www.senado.gob.mx>.
- Iniciativa de decreto que modifica el artículo 21 Constitucional, del 30 de noviembre del 2001, Presidencia de la República.
- Ley Federal para el Tratamiento de Menores Infractores.
- Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, <www.senado.gob.mx>.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, <www.senado.gob.mx>.

### **Jurisprudencia**

- Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de 10 votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.
- Dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales, Justicia, Derechos Humanos y de Estudios Legislativos, 14 de diciembre del 2002.
- Expediente n° 5/2000 relativo a la opinión consultiva sobre la procedencia de la extradición del ciudadano argentino Ricardo Miguel Caballo, Poder Judicial de la Federación.
- Extradición n° 5/2000, Ricardo Miguel Caballo, Juzgado Sexto de Distrito.

**Dino Carlos Caro Coria**

## **Perú**

### **A. Introducción**

El Perú suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), o Estatuto de Roma, el 7 de diciembre de 2000 y lo ratificó mediante la resolución legislativa n° 27.517 de 13 de septiembre de 2001, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 16 de septiembre de 2001.

Si bien todavía no se ha llevado a cabo una reforma del ordenamiento jurídico-penal que determine la implementación del Estatuto de Roma, existen algunos planteamientos en esa dirección. En efecto, tanto el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002, como el proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de julio de 2002, contienen disposiciones específicas que concuerdan con el ECPI en materia penal y procesal penal.

Por su parte, el Congreso de la República ha aprobado la ley n° 27.837 de 4 de octubre de 2002 que crea la Comisión Especial Revisora del Código Penal, entre cuyas tareas tiene la “adecuación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Asimismo, mediante el decreto supremo (DS) n° 005-2003-Ministerio de Justicia (JUS) de 14 marzo de 2003 del Ministerio Justicia, se creó la Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer, en el plazo de ciento veinte días desde su instalación, las modificaciones y mecanismos para implementar el Código Procesal Penal, Comisión que proyectará las normas procesales necesarias para adecuar el ordenamiento interno al ECPI. De esta forma, en el Perú no se ha considerado hasta ahora la opción de proyectar un Código Penal Internacional que incorpore conjuntamente las reformas en materia penal, procesal, orgánica, etc.

## B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional

### I. Genocidio

Actualmente, el crimen de genocidio está tipificado en el artículo 319 del Código Penal, que establece como sanción la pena privativa de libertad no menor de 20 años; la pena máxima es 35 años de privación de libertad conforme al artículo 29 del mismo cuerpo de leyes. El artículo 319 del Código Penal establece:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

1. Matanza de miembros del grupo.
2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.
3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

De esta manera, el tipo de genocidio amplía en exceso el universo de grupos sobre los que puede recaer la acción típica. No solo se contemplan los supuestos de grupo nacional, étnico o religioso, sino también el de “grupo social”, concepto que abarca cualquier grupo humano<sup>1</sup> y que por su indeterminación no está previsto en la Convención contra el Genocidio ni en el Estatuto de Roma,<sup>2</sup> que se refieren más bien a los casos de “grupo racial”. Este supuesto sí estuvo contemplado en los proyectos de Código Penal (CP) de 1985, 1986 y 1990, no así en el proyecto de 1991, donde por primera vez y sin explicación alguna, dada la ausencia de una exposición de motivos, la expresión “grupo racial” se reemplazó por la de “grupo social” que luego recogió el CP de 1991.<sup>3</sup> De esta manera, si en general puede entenderse que el bien jurídico en el genocidio se concreta en la existencia del grupo atacado,<sup>4</sup> se abre con ello un amplio espacio de indeterminación alejado del *nullum poena sine lege certa*.

---

<sup>1</sup> Raúl Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. I, Lima, Ed. Jurídicas, 1994, p. 345.

<sup>2</sup> No obstante, a favor de tal inclusión Luis A. Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Lima, San Marcos, 1997, p. 132.

<sup>3</sup> Probablemente, la inclusión del concepto de *grupo social* responda a la opción legislativa asumida por el CP español de 1971, que luego fue modificado en 1983 a través de una reforma “parcial y urgente”. Sobre la base de este supuesto de “grupo social”, el juez Garzón sustentó su solicitud de extradición del general Pinochet a Inglaterra. Véase Elizabeth Salmón Gárate, “De la competencia *ratione materiae* prevista en el Estatuto de Roma”, en *La CPI y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima, PUCP, 2001, p. 86.

<sup>4</sup> Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 189.

El CP Maúrtua de 1924 no tipificó expresamente los crímenes internacionales previstos en el Estatuto, orientación que tampoco se adoptó a través de las diversas modificaciones de dicho texto legal o la legislación complementaria. Durante su vigencia, hasta abril de 1991, no se dio cumplimiento a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que ya regía para nuestro país desde 1960.<sup>5</sup> Este crimen fue incorporado en el Código Penal recién en 1991, momento a partir del cual se determinó la imposición de una sanción contra aquellos que incurrieran en este delito.

Los primeros intentos de regular este ilícito se observan durante el movimiento de reforma penal de los años ochenta. Los proyectos de CP de septiembre de 1984<sup>6</sup> y octubre-noviembre de 1984<sup>7</sup> no plantearon la criminalización específica de delitos contra los derechos humanos, a diferencia del proyecto de CP de agosto de 1985,<sup>8</sup> que entre los “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, de la sección primera de la parte especial, incluyó en el título II la sanción del genocidio (artículo 117). El planteamiento resultaba poco satisfactorio porque la ubicación sistemática del genocidio conducía a una concepción del bien jurídico tutelado a partir de los bienes jurídicos clásicos, en este caso la vida y la integridad psicofísica, con lo que el genocidio debía apreciarse como una extensión de los delitos de homicidio, aborto y lesiones, principalmente, lo que dejaba de lado una fundamentación acorde con el sentido protector de los derechos humanos como atributos derivados de la dignidad de la persona.<sup>9</sup> El principal acierto del proyecto de 1985 radicó en el deseo de codificar otros delitos graves contra los derechos humanos; por ejemplo, la discriminación y las detenciones ilegales, entre otros, dentro de la sección decimocuarta de “Delitos contra la Constitución” (artículos 330-341).

El proyecto de CP de marzo-abril de 1986<sup>10</sup> reprodujo el texto y la ubicación del delito de genocidio (artículo 116), así como la mencionada sección decimocuarta de “Delitos contra los derechos constitucionales” para comprender otras infracciones graves (artículos 309-320). A ello renunció el proyecto de julio de 1990,<sup>11</sup> que apenas reguló en el título II de la parte especial, fuera del marco de los delitos contra la vida y la integridad, el genocidio propiamente dicho (artículo 128) y dos formas de protección adelantada: la instigación pública a cometer genocidio y la asociación ilícita para

---

<sup>5</sup> Adoptada el 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951, y en Perú el 24 de mayo de 1960.

<sup>6</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 3 al 5 de septiembre de 1984.

<sup>7</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

<sup>8</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 19 a 21 de agosto de 1985.

<sup>9</sup> Miguel Ángel Núñez Paz, “Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en Varios autores, *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Madrid, Colex, 1999, pp. 149-150.

<sup>10</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

<sup>11</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 17 de julio de 1990.

delinquir (artículo 129), lo que concordaba plenamente con el sentido de la Convención contra el Genocidio de 1948 (artículo III, *b* y *c*). Sin embargo, el proyecto no propuso la sanción de otros delitos contra los derechos humanos, limitación que tampoco fue superada en el proyecto de CP de enero de 1991,<sup>12</sup> el cual reprodujo los textos del proyecto de 1990 en los artículos 129 y 130, pero reubicó el genocidio como capítulo V del título I de la parte especial de “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, lo que significó un importante retroceso en la perspectiva de dotar a los delitos de lesa humanidad de la necesaria autonomía sistemática.

El texto original del CP de 1991 heredó estas deficiencias legislativas al institucionalizar la figura del genocidio dentro del capítulo V del título I de la parte especial de “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”,<sup>13</sup> así como el delito de desaparición forzada entre los delitos de terrorismo del capítulo II del título XIV de la parte especial, dedicado a los “Delitos contra la tranquilidad pública”. Con ello se renunció a tipificar otras violaciones graves a los derechos humanos, como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, pero lo más grave es que se partía de una concepción del genocidio y la desaparición como delitos aislados, asimilables a las figuras clásicas de la parte especial, sin autonomía propia desde el punto de vista del bien jurídico.<sup>14</sup>

El texto original del CP de 1991 solo tipificó en el artículo 129 el delito de genocidio;<sup>15</sup> la sanción de la asociación ilícita se estableció en el artículo 317, con una cualificación en el párrafo 2 para el caso de la asociación para el genocidio. Pero con ello no se agotaron los alcances de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: se omitió la regulación específica de la “instigación directa y pública a cometer genocidio” (artículo III *c* de la Convención), no necesariamente asimilable a la fórmula de la provocación del artículo 315 del CP.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 20 de enero de 1990.

<sup>13</sup> El StGB (CP alemán) regula con la misma imperfección técnica el genocidio, en el § 220a, en la sección decimosexta de la parte especial de “Delitos contra la vida”. De igual modo, el nuevo CP colombiano de 2000 lo prevé en el capítulo primero del título I de “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en los artículos 101 y 102.

<sup>14</sup> Laura Zúñiga Rodríguez, “Los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal peruano”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1993, p. 34; César Azabache Caracciolo, “Delitos contra los derechos humanos”, en *Series Penales*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1991, p. 35.

<sup>15</sup> “Artículo 129. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

- ”1. Matanza de miembros del grupo.
- ”2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- ”3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
- ”4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- ”5. Transferencia forzada de niños a otro grupo”.

<sup>16</sup> Azabache Caracciolo, o. cit., p. 35.

El 21 de febrero de 1998 se aprobó la ley n° 26.926 de 21 de febrero de 1998, que, adoptando la propuesta de la doctrina peruana favorable a la creación de un título propio que abarque las más graves violaciones de los derechos humanos,<sup>17</sup> introdujo el título XIV.A de “Delitos contra la humanidad” en la parte especial del CP,<sup>18</sup> apostando por una regulación autónoma y conjunta de las más graves violaciones de los derechos humanos, decisión que merece una valoración positiva a la luz del desarrollo de la dogmática sobre la materia que reivindica la existencia de un bien jurídico propio, distinto de los bienes individuales afectados que encuentran protección en otras normas del llamado derecho penal clásico.<sup>19</sup> Se trata en buena cuenta de dispensar una tutela especial a un bien jurídico institucional, referido a un marco jurídico previo, de garantía para el desarrollo de los derechos individuales y colectivos a los que sirve.<sup>20</sup>

Mediante la ley n° 26.926 se trasladó el delito de genocidio del artículo 129 del CP —el mismo que se derogó expresamente— al artículo 319 del capítulo I del citado título XIV.A. Sin embargo, la redacción del vigente artículo 319 es casi idéntica a la del artículo 129, por lo que no se han superado las críticas antes expuestas; solo se observa un cambio formal en la ubicación sistemática.

En este sentido, antes de 1991 el delito de genocidio podía sancionarse únicamente mediante tipos penales del llamado derecho penal “normal”. Sin embargo, desde la puesta en vigor del CP de 1991 existe una norma especial para sancionar el genocidio, primero entre los delitos contra la vida y actualmente, desde 1998, dentro de los delitos contra la humanidad. La regulación vigente debe interpretarse conforme a la Convención contra el Genocidio, que, como se mencionó, ha sido ratificada por el Perú.

---

<sup>17</sup> Zúñiga Rodríguez, o. cit., pp. 31-32; Azabache Caracciolo, o. cit., pp. 54-56.

<sup>18</sup> En la misma orientación se ubica el CP español de 1995, que dedica el título XXIV de la parte especial a los “Delitos contra la comunidad internacional”, en los artículos 605 a 616. El CP colombiano de 2000, si bien regula el genocidio y la desaparición forzada como delitos contra la vida y la libertad respectivamente, contempla en el título II de la parte especial un extenso catálogo de “Delitos contra la personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, en los artículos 135-164. A su vez, aunque el CP francés de 1994 regula en lugares diferentes la tortura y la discriminación, dedica el título primero de la parte especial a los “crímenes contra la humanidad”, en los artículos 211-1 a 212-3.

<sup>19</sup> Véase el *Diario de Debates* de 28-02-98 en <www.congreso.gob.pe>.

<sup>20</sup> Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 7, 368-369; Juan José González Rus, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Varios autores, *Curso de derecho penal. Parte especial*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 959 y ss.; Francisco Muñoz Conde, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 652 y ss.

## II. *Crímenes contra la humanidad*

La amplitud de las conductas descritas en el artículo 7 del ECPI carece de correlato específico en el derecho penal peruano; ello además porque la norma internacional establece un contexto ajeno a toda previsión en el ordenamiento nacional: que los actos se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Fuera de ello, el CP y el Código de Justicia Militar (CJM) otorgan relevancia a varios de estos comportamientos, sea mediante normas específicas o a través de los tipos del derecho penal común. Así, volviendo al citado título XIV.A del CP, se tipifica la desaparición forzada (capítulo II) en el artículo 320, donde se establece como sanción la pena privativa de libertad no menor de 15 años y conjuntamente la inhabilitación del funcionario o servidor público que incurra en este ilícito.

El capítulo III del título XIV.A del CP tipifica la tortura, en los artículos 321 y 322. El tipo del artículo 321 establece sanciones de pena privativa de libertad que oscilan entre 5 y 20 años, considerando dos agravantes, cuando se alcanzan previsiblemente los resultados de lesión grave o muerte de la víctima. El artículo 322 regula un caso especial de participación delictiva, la cooperación del profesional sanitario, y extiende para estos casos las penas previstas en el artículo 321.

El citado título finaliza con la criminalización de la discriminación, en el artículo 323 del capítulo IV, recurriendo a una pena simbólica (servicios a la comunidad o limitación de días libres) y sin acercarse siquiera a la definición de *apartheid* del artículo 7.2 *h* del ECPI, conducta cuya relevancia penal dentro del ordenamiento peruano es prácticamente nula.

El literal *a* del artículo 7.1 del ECPI solo puede tener correlato en el ámbito del homicidio del CP, concretamente en el tipo de asesinato del artículo 108, que establece una pena de 25 a 35 años de privación de libertad. Los tipos de exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de personas, y encarcelación ilegal, de los literales *b*, *c*, *d* y *e* del ECPI, pueden alcanzar relevancia solamente bajo las figuras de *homicidio*, *lesiones*, *coacción*, *secuestro* y *tráfico de menores* del CP, sin la especificidad del ECPI, aunque las penas pueden llegar, según el caso, hasta la cadena perpetua. Lo mismo cabe decir de las conductas de abuso sexual y persecución de grupos de los literales *g* y *h* del ECPI, típicas tras los alcances de los delitos contra la libertad sexual, coacción o detenciones ilegales del CP, entre otras.

El desvío de la jurisdicción militar, reservada conforme al artículo 173 de la Constitución para los “delitos de función” cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y policiales, explica la razón por la cual todavía del CJM, aprobado mediante el decreto ley n° 23.214 de 26 de julio de 1980, tipifica comportamientos que no afectan bienes militares sino vinculados al derecho penal común o a delitos contra los derechos humanos y, de ese modo, relevantes desde el punto de vista de los crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del ECPI. En esa línea se inscribe el título primero (“Del abuso de autoridad”) de la sección VI del CJM (“De los delitos contra los deberes de función y de las infracciones en el ejercicio de mando o autoridad”), don-

de se aprecian normas como el artículo 180, que califica como abuso de autoridad militar la imposición de pena o sanción prohibida por ley (numeral 1),<sup>21</sup> el empleo de violencia innecesaria contra cualquier persona (numeral 9), el daño a las personas o cosas mediante el empleo injustificado de armas (numeral 10). De modo similar, el artículo 181 considera abuso de autoridad la privación indebida de la libertad personal (numeral 1), cometer cualquier vejamen contra las personas, maltratarlas, lesionarlas o aplicarles apremios ilegales (numeral 7) o el allanamiento ilegal de domicilio (numeral 8). Las penas pueden alcanzar privación de libertad de 20 años.

Como hemos referido en el punto anterior, la regulación peruana de los delitos de lesa humanidad no se ciñe a la regulación del Estatuto de Roma, toda vez que no todos los supuestos se encuentran regulados como delitos contra la humanidad, por lo que en muchos casos debemos remitirnos a tipos comunes.

Para poder analizar las diferencias entre la regulación de la legislación peruana y el Estatuto de Roma se deberá analizar cada uno de los tipos por separado.

#### A. *Tortura*

El crimen de tortura fue incorporado en nuestra legislación a través de la ley n° 26.926 de 21 de febrero de 1998, dentro de los delitos contra la humanidad. Antes de la entrada en vigor de dicha norma, y a pesar de la suscripción de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —que entró en vigor el 6 de agosto de 1988— y de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada en 1991, las prácticas de tortura no pudieron ser sancionadas, por falta de un dispositivo legal que así lo previera, sino recurriendo al derecho penal común.

El artículo 321 establece:

El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

El artículo 7.2 *e* del Estatuto de Roma entiende por tortura “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el

---

<sup>21</sup> Esta disposición ha sido recientemente modificada a través de la ley n° 27760, pues anteriormente el inciso 1 del artículo 180 del CJM se refería a los que imponen “tormento” o pena prohibida por la ley.

dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Luego, si bien la regulación peruana del crimen de tortura contiene elementos típicos adicionales a los previstos en el ECPI, concuerda en general con la descripción consignada en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La diferencia entre la descripción típica del ECPI y la del CP peruano salta a la vista, desde que la regulación nacional incorpora un elemento de especial intención como elemento del tipo: la intención o el ánimo de obtener de la víctima o de tercero una confesión o información, o de castigarla por un hecho cometido o del cual es sospechosa, o de intimidarla o coaccionarla. Este elemento subjetivo del tipo no se encuentra previsto en el Estatuto de la CPI. Ello puede generar un problema de reducción de las posibilidades de punición de este crimen, pues en la práctica la tortura puede producirse por una variedad de finalidades, por lo que habría sido conveniente no limitar las finalidades motivadoras de la acción típica.<sup>22</sup>

El artículo 322 del Código Penal <sup>23</sup> sanciona al médico o profesional de la salud que coopere en la ejecución del crimen de tortura con la pena que corresponde al autor.

El artículo 4 incisos 1 y 2 de la ley n° 26.926 reconoce el derecho de solicitar inmediatamente el examen médico de la persona agraviada, el cual podrá ser realizado por cualquier médico. Asimismo, el artículo 5 señala que los delitos contra la humanidad serán tramitados en vía ordinaria y ante el fuero común.

El crimen de tortura está recogido actualmente en un tipo penal especial. Como se señaló, está regulado específicamente en el capítulo III del título XIV-A del CP, que tipifica los delitos contra la humanidad.

Por otro lado, el Código de Justicia Militar, dentro de la sección VI, “De los delitos contra los deberes de función y de las infracciones en el ejercicio de mando o autoridad” —específicamente en el título primero “Del abuso de autoridad”—, también regula supuestos de tortura, en el artículo 180 inciso 1 (“los que imponen pena o sanción prohibida por la ley”), inciso 9 (“los que, en ejercicio de sus funciones o en cumplimiento de una orden superior, empleasen o hiciesen emplear contra cualquier persona, sin motivo legítimo, violencias innecesarias para el cumplimiento de su cometido”), e inciso 10 (“los que, encargados de conservar o restablecer el orden público, empleasen o hiciesen emplear las armas sin causa justificada o sin orden expresa para ello, si de su uso resulta daño a las personas o cosas”), así como en el artículo 181 inciso 7 (“cometer cualquier vejamen contra las personas, maltratarlas, lesionarlas o aplicarles apremios ilegales”).

---

<sup>22</sup> *Informe sobre tortura en Perú 1995-1998*, elaborado por la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, en <[www.derechos.net/cnddhh/informes/tortu2.html](http://www.derechos.net/cnddhh/informes/tortu2.html)>.

<sup>23</sup> “Artículo 322. El médico o cualquier profesional sanitario que coopera en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior será reprimido con la misma pena de los autores”.

Ello importa el desvío de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción militar en los supuestos contemplados en el CJM. Sin embargo, actualmente el proyecto de Ley de Reforma Constitucional de julio de 2002 es tajante al señalar en el artículo 201: “Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley. El ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley”. De esta manera, el proyecto se orienta a juzgar estos delitos dentro de la jurisdicción ordinaria, lo que representaría en todo caso un gran progreso en la búsqueda de evitar la impunidad de quienes perpetran estos graves crímenes contra la humanidad.

Por otro lado, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se encuentra vigente en el Perú desde el 6 de agosto de 1988. Asimismo, en 1991 el Perú ratificó la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En este sentido, y siguiendo lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1993,<sup>24</sup> la interpretación de las normas analizadas debe ser acorde con estos instrumentos de derecho internacional.

Para el caso de la tortura el artículo 321 del CP establece como sanción pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años. Asimismo, el tipo penal prevé dos agravantes de la pena: a) que la tortura produzca lesiones graves al sujeto pasivo; b) que se produzca la muerte del agraviado. En ambos casos el agente pudo haber previsto el resultado. Cuando se verifique la primera agravante, la sanción a imponerse es pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años, y en el caso de la segunda, pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 20 años. En todo caso, la sanción del médico o profesional de la salud que coopere será igual a la del autor (artículo 322 del CP), lo que determina que, dependiendo de las circunstancias descritas, la pena privativa de libertad oscilará entre 5 y 20 años.

### *B. Desaparición forzada*

El crimen de desaparición forzada está descrito en el ECPI como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Este crimen está regulado en el artículo 320 del Código Penal peruano —capítulo II del título XIV.A— que establece: “El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por

---

<sup>24</sup> “Cuarta. Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2)”. De esta manera, resulta evidente que los términos utilizados por la regulación peruana son más estrictos que los utilizados en la definición típica del ECPI.

En primer lugar, de acuerdo con lo prescrito en el CP peruano, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público, mientras que el ECPI amplía el bagaje de sujetos activos más allá de los funcionarios del Estado. La restricción de la legislación peruana importa el reconocimiento de que este tipo de prácticas ha sido llevado a cabo por cuerpos organizados de control interno como manifestación de una política de terror de Estado.<sup>25</sup>

Por otro lado, el ECPI describe los medios de la desaparición —aprehensión, detención, secuestro—, mientras que el CP peruano no se pronuncia al respecto, sin recoger tampoco como elemento del tipo la precisión realizada por el Estatuto de Roma relativa a la “negativa a informar” que debe verificarse para la configuración del crimen de desaparición forzada de acuerdo con este instrumento.

Asimismo, el tipo penal peruano establece que el resultado de desaparición debe ser debidamente comprobado, condicionamiento que no tiene por referente ningún instrumento internacional. En cuanto a este último aspecto, el Informe emitido por la Defensoría del Pueblo señala que ello “no debe implicar imponerle al denunciante una previa actividad probatoria absolutamente absurda dada la propia naturaleza clandestina de la práctica, sino únicamente el agotamiento de trámites policiales y administrativos usados corrientemente para la ubicación de cualquier persona desaparecida. No debe entenderse como un presupuesto de punibilidad o procedibilidad pues ello significaría posibilitar la impunidad”.<sup>26</sup> Así, al exigirse la prueba de la desaparición parece quedar claro que estamos ante un delito de resultado, pero esta prueba se asemeja a su vez a una condición objetiva de punibilidad susceptible de ser interpretada de modo que restrinja notablemente el ámbito de la criminalización. No obstante, es evidente que como consecuencia de la presunción de inocencia no es posible dar por probada la desaparición con la mera ausencia de la víctima; hace falta mucho más: acreditar que la desaparición es atribuible a un funcionario o servidor público y que antes de la desaparición se ha suscitado una ilícita privación de la libertad. De este modo, el añadido “debidamente comprobada” es superfluo desde el punto de vista del tipo objetivo y la punibilidad. En este sentido, el énfasis realizado por el tipo

---

<sup>25</sup> Azabache Caracciolo, o. cit., p. 40. Cf. con Defensoría del Pueblo, *La desaparición forzada de personas en el Perú (1980-1996)*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 110, donde se establece —sobre la base del estudio de denuncias por desaparición forzada realizadas entre 1983 y 1999— que el Ejército sería la institución que habría perpetrado mayores acciones tendientes a la desaparición de personas (60,4%), seguido por la Policía Nacional del Perú (12,2%).

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 39.

penal peruano resulta innecesario, toda vez que resulta evidente que la condena debe estar sustentada sobre una actividad probatoria que determine la destrucción de la presunción de inocencia, pudiendo ello llevarse a cabo a través de prueba material o indiciaria.

En el Perú el crimen de desaparición forzada fue regulado por primera vez en el Código Penal de 1991 entre los delitos de terrorismo del capítulo II del título XIV de la parte especial, dedicado a los “Delitos contra la tranquilidad pública”. Dicho tratamiento sistemático, si bien podía concordar con una concepción de la desaparición forzada como una manifestación del llamado “terrorismo de Estado”,<sup>27</sup> era inadecuado porque la tranquilidad pública se aprecia como un bien jurídico de carácter institucional,<sup>28</sup> de trascendencia colectiva, pero teleológicamente conectado al mantenimiento del orden social antes que a la protección de los derechos humanos.<sup>29</sup> Además, precisa Zúñiga Rodríguez, no puede hablarse en sentido técnico de terrorismo de Estado, en un Estado democrático de Derecho como el que adopta nuestra Constitución, “no puede haber un Estado democrático que sea terrorista”.<sup>30</sup>

Por lo demás, el tipo de desaparición forzada ofrecía una serie de dudas referentes a su relación con el tipo de secuestro del artículo 152. Mientras este último protegía la libertad ambulatoria y el primero un bien distinto y universal vinculado a la identidad social de la persona<sup>31</sup> —no a la “tranquilidad pública”, pese a su ubicación sistemática—, ambos ilícitos exigían por igual la privación de la libertad personal. Tampoco quedaba claro si la frase “ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición”, del artículo 323, implicaba la asunción de una fórmula de resultado en el sentido de que la consumación operaba con la desaparición de la persona, o si más bien bastaba la realización de actos idóneos para alcanzar dicho fin, en cuyo caso se estaría ante un tipo de peligro abstracto o de peligrosidad *ex ante* del comportamiento. En el terreno de las consecuencias jurídicas no se sabía a qué clase de inhabilitación se refería el artículo 323, frente a las posibilidades punitivas que establece el artículo 36 del CP.

La reforma de estos delitos no se hizo esperar, aunque no por motivos técnicos sino bajo el ropaje de “razón de Estado”. Tras el autogolpe de 5 de abril de 1992,

---

<sup>27</sup> César Azabache Caracciolo, “Delitos contra los derechos humanos”, en *Series Penales*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1991, pp. 44-48; Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Myrna Roxana Villegas Díaz, “Derechos Humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, en *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Madrid, Colex, 1999, pp. 60-63.

<sup>28</sup> De ese modo, la sentencia de la Corte Suprema de 09-07-99, RN n° 1954-99.

<sup>29</sup> Luis A. Bramont Arias, “Aspectos legales del terrorismo”, en *Debate penal*, Lima, 1988, p. 14. Fernando Angeles Gonzáles y Manuel Frisancho Aparicio, *Código Penal*, vol. VIII, Lima, Ed. Jurídicas, 1999, p. 3508.

<sup>30</sup> Zúñiga Rodríguez, o. cit., p. 30.

<sup>31</sup> Julio Mazuelos Coello, *Control social y dogmática penal. Sociedad y delito*, Lima, San Marcos, 1995, pp. 118-125.

mediante el inconstitucional decreto ley n° 25.475 de 6 de mayo del mismo año,<sup>32</sup> se aprobó una nueva legislación antiterrorista cuyo artículo 22 derogó expresamente todo el capítulo de delitos de terrorismo del CP de 1991, el mismo que incluía el tipo de desaparición forzada, con lo que este comportamiento perdió por unos meses la debida desvaloración jurídico-penal, en un momento especialmente crítico para los derechos humanos y en el que se registraron los más altos índices de desapariciones en el Perú.<sup>33</sup> Uno de los casos más importantes suscitados en este periodo es el de la Cantuta.

El delito de desaparición forzada fue restituido mediante el artículo 1 del decreto ley n° 25.592 de 2 de julio de 1992,<sup>34</sup> norma que también estableció reglas procesales en los artículos 2, 3, 4 y 5, actualmente en vigor.<sup>35</sup> Con la aprobación de la ley n° 26.926 de 21 de febrero de 1998, el delito de desaparición forzada fue trasladado, casi sin variación alguna de contenido, del artículo 1 del decreto ley n° 25.592 al capítulo II del título XIV.A del CP. De esta manera, el crimen de desaparición forzada se encuentra especialmente regulado en el CP y en el decreto ley n° 25.592.

El artículo 320 del Código Penal sanciona al autor de delito de desaparición forzada con pena privativa de libertad no menor de 15 años, por lo que la pena máxima de conformidad con el artículo 29 del mismo cuerpo normativo será de 35 años. Conjuntamente se establece como sanción la inhabilitación, de conformidad con el artículo 36 incisos 1 y 2, lo que determina tanto la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, como la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

---

<sup>32</sup> Carlos Rivera Paz, *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, Lima, IDL, 1999, pp. 5 y ss.; Ministerio de Justicia, *Restituyendo el Estado de Derecho*, Lima, Minjus, 2001, pp. 35-38.

<sup>33</sup> Ernesto de la Jara Basombrío, *Memoria y batallas en nombre de los inocentes. Perú 1992-2001*, Lima, IDL, 2001, pp. 57 y ss.

<sup>34</sup> “Artículo 1. El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal”.

<sup>35</sup> “Artículo 2. Las Dependencias de la Policía Nacional del Perú de todo el territorio de la República, pondrán de inmediato en conocimiento del Fiscal Provincial las denuncias sobre personas desaparecidas dentro de su circunscripción”.

“Artículo 3. En cada Dependencia de la Policía Nacional del Perú se llevará un Registro de denuncias sobre personas desaparecidas, con la información que permita la identificación de las mismas”.

“Artículo 4. Los Fiscales Provinciales investigarán las denuncias sobre personas desaparecidas, informando sobre el estado de las mismas al Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial respectivo, quien a su vez informará al Fiscal de la Nación, el que procederá de acuerdo a sus atribuciones”.

“Artículo 5. La Fiscalía de la Nación, remitirá, mensualmente al Congreso de la República y al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, un informe sobre las denuncias de personas desaparecidas en todo el país”. Solo el artículo 5 fue modificado mediante la ley n° 26877 de 19 de noviembre de 1997.

### C. Discriminación

La relevancia de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación ha conducido al legislador nacional a la aprobación de la ley n° 27.270 de 29 de mayo de 2000, denominada Ley contra Actos de Discriminación. El artículo 1 incorporó, dentro del título XIV.A de la parte especial del CP, el capítulo IV denominado “Discriminación”, dentro del cual se ha criminalizado la conducta de discriminación en el artículo 323, que establece:

El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas. Si el agente es funcionario público la pena será prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años conforme al inciso 2) del artículo 36°.

Esta figura no corresponde a la regulación del ECPI en lo que respecta al crimen de *apartheid*, que es descrito como “actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 [que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque] cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”. La falta de correspondencia entre uno y otro tipo penal no solo estriba en la entidad del injusto, sino también en que el *apartheid* está dirigido a conductas específicas de discriminación racial, mientras que la descripción del CP peruano está enfocada también a lo religioso y lo sexual, lo que, según Laurenzo Copello, pasa por otorgar o no una eficacia simbólica al derecho penal.<sup>36</sup>

Es prematuro arribar a conclusiones definitivas en cuanto a la eficacia preventivo general del delito de discriminación, pero no puede perderse de vista la insuficiencia de una justificación fundada en la necesidad de que la norma penal satisfaga fines pedagógicos o simbólicos. De allí que, por ejemplo, la autora antes citada reivindique para el ámbito español la necesidad de la intervención punitiva frente a la discriminación femenina en el trabajo.<sup>37</sup> De este modo, y teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, es necesario identificar aquellos concretos ámbitos de nuestra realidad en los que se producen los más graves casos de discriminación de género, de forma que la norma penal pueda cumplir una función de prevención y tutela.

El nuevo artículo 323 del CP establece en el párrafo 2 como circunstancia agravante la condición del autor de funcionario público, se entiende que en los términos del artículo 425 del CP, en cuyo caso deja de ser aplicable la agravante genérica prevista en el artículo 46.A del CP, a fin de no vulnerar la prohibición de doble valoración, principio que recoge

<sup>36</sup> Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n° 34, Madrid, 1999, pp. 21-23.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 23.

expresamente el párrafo 3 de este último artículo Aunque debe entenderse que el mandato de igualdad de trato vincula a todos los poderes públicos y que en ello radica el fundamento de la mayor pena en los delitos contra los derechos humanos,<sup>38</sup> la redacción utilizada para describir la cualificación podría cuestionarse.

No se exige, como sí lo hace el párrafo 1 del artículo 46.A del CP, que el delito se realice en el ejercicio de la función pública, con lo cual podrían avalarse sanciones agravadas por la sola condición de funcionario. De esa manera, el deber de garante de todo funcionario de salvaguardar el principio de igualdad en el ejercicio de sus funciones se estaría extendiendo más allá del ámbito funcional, a su vida privada, en contra de un derecho penal de acto.

Estas dudas, sumadas a la escasa entidad de las penas previstas en el artículo 323 con relación a las establecidas para los otros “Delitos contra la humanidad” del CP, determinan un fundado escepticismo en torno al potencial preventivo general y protector del delito de discriminación. La solución penal adoptada poco aporta para superar la discriminación; por el contrario, parece más bien una medida simbólica, una “huida al derecho penal” frente al reclamo social de adoptar medidas eficaces contra la discriminación en general.

Por lo demás, si bien el Perú ha ratificado la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid,<sup>39</sup> este delito carece de regulación expresa en el ordenamiento interno.

Como hemos referido, la regulación penal de la discriminación tiene grandes deficiencias. En este sentido es importante señalar únicamente que en el Perú se encuentran vigentes: 1) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, desde el 4 de enero de 1969; 2) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, desde el 4 de enero de 1969; y 3) la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, desde el 1 de septiembre de 1978. Por ello deberían implementarse correctamente los dispositivos tendentes a sancionar el tipo de conductas descrito en dichos instrumentos internacionales.

La sanción establecida en el artículo 323 del CP es prestación de servicios a la comunidad de 30 a 60 jornadas, y alternativamente se dispone la limitación de días libres de 20 a 60 jornadas. Por otro lado, si el sujeto activo es funcionario público, la pena prevista es prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 jornadas y, conjuntamente, la inhabilitación por 3 años conforme al inciso 2 del artículo 36 del CP, que regula la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

---

<sup>38</sup> Zúñiga Rodríguez, o. cit., p. 28.

<sup>39</sup> Adoptada el 30 de noviembre de 1973, entró en vigor el 18 de julio de 1976 y en Perú el 1 de diciembre de 1978.

### **III. Crímenes de guerra**

El ECPI tipifica los crímenes de guerra en el artículo 8, a fin de reprimir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (literal *a*), las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (literal *b*), así como en los conflictos que no son de índole internacional (literales *c*, *d*, *e* y *f*). Estos ilícitos no merecen una desvaloración especial en el marco del CP sino a partir de delitos comunes. Sí han merecido parcial atención dentro del Código de Justicia Militar, en el título cuarto (“De la violación del derecho de gentes”) de la sección III (“De los delitos contra la seguridad y el honor de la nación”), especialmente en el artículo 95. Del mismo modo, cabe poner de relieve los delitos de “saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” del título séptimo de la sección IV de “Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado”, sobre todo los artículos 138 y 139.

Las penas, en casos de gravedad, podrían alcanzar los 20 años de privación de libertad. Estos lineamientos se mantienen en el proyecto de CJM de julio de 2001, que tipifica la “Violación el derecho de gentes” a partir del artículo 96, así como los delitos de “Saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” en los artículos 150 y ss. Pero ni esta propuesta de *lege ferenda* ni la regulación vigente satisfacen todavía las expectativas sancionadoras previstas en el ECPI.

### **IV. Crimen de agresión**

Ni el CP ni el CJM recogen expresamente este crimen, pero en el título XV de la parte especial del CP de “Delitos contra el Estado y la defensa nacional”, en el capítulo II de “Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado”, se sancionan no solo el ataque contra autoridades o símbolos extranjeros, sino además la violación de la soberanía extranjera (artículo 337) y otros comportamientos conexos.

### **V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional**

El ordenamiento jurídico peruano no contempla figuras típicas que sobrepasen el canon de los tipos penales reconocidos en el derecho internacional.

## **C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

### **I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional**

#### **1. Principio de territorialidad**

El artículo 1 del CP regula el principio de territorialidad; la ley penal rige sin tener en cuenta la nacionalidad del autor, la del titular del bien jurídico afectado ni la

naturaleza del delito, cuando se cometió dentro del territorio nacional.<sup>40</sup> El artículo 1 incorpora también el principio del pabellón; según el numeral 1 las naves y aeronaves públicas (del Estado) forman parte del territorio peruano sin importar su ubicación. Si son privadas, según el numeral 2, el Estado peruano mantiene jurisdicción penal siempre que otro no ejerza soberanía. Cabe aclarar que el artículo 5 adopta el principio de ubicuidad, de modo que “El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”, regla aplicable a los casos de crímenes internacionales.

## 2. Reglas de extraterritorialidad

### 2.1. Principio real o de protección de intereses

Los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2 se fundan en el principio real o de defensa; la ley aplicable se determina según la nacionalidad del bien jurídico vulnerado, en este caso por la afectación de los intereses del Estado peruano. En el caso del artículo 2.1, teniendo en cuenta el concepto normativo del artículo 425 del CP, todo acto del funcionario peruano realizado en el extranjero, en ejercicio o con ocasión de la función, incluso si afecta los bienes protegidos en el derecho internacional penal, puede ser perseguido por las autoridades peruanas.

### 2.2. Principio de personalidad activa y pasiva

El artículo 2.4 del CP establece el principio de personalidad; se aplica la ley peruana a los delitos cometidos contra peruano (personalidad pasiva) o por peruano (personalidad activa) en el extranjero, inclusive en los casos de delitos graves como los crímenes internacionales. En tales supuestos, como precisa Villa Stein, se requiere la concurrencia de tres condiciones: a) La doble incriminación, es decir, que el acto se considere delictivo en ambos países, b) que el delito sea pasible de extradición, lo que excluye los denominados delitos políticos, y c) que el agente haya ingresado al territorio de la República por cualquier motivo.<sup>41</sup>

### 2.3. Principio de jurisdicción universal ilimitado pero subsidiario

El artículo 2.5 del CP establece el principio universal, con una redacción simplificada, mediante una remisión general y dinámica a los tratados internacionales que erigen la obligación de reprimir determinados delitos, independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión,<sup>42</sup> aunque al fijarse una

---

<sup>40</sup> Raúl Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, Lima, Ed. Jurídicas, 1995, p. 220.

<sup>41</sup> Javier Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, Lima, San Marcos, 1998, pp. 145-146.

<sup>42</sup> Felipe Villavicencio Terreros, *Código Penal comentado*, 3ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 44.

regla de extraterritorialidad el hecho debió cometerse fuera del territorio peruano. Entre los tratados ratificados por Perú se tiene por ejemplo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Al principio universal se le otorga *carácter subsidiario*,<sup>43</sup> por razones teóricas, como la “inconveniente renuncia a parcelas de jurisdicción” o la posible injerencia en la de otros Estados, y por razones prácticas, entre ellas que su aplicación efectiva dependería muchas veces del éxito de un proceso de extradición.<sup>44</sup> En consecuencia, se afirma la necesidad de agotar la aplicación sucesiva de la regla general de territorialidad y las otras excepcionales de extraterritorialidad fundadas en los principios de protección y personalidad, antes de la aplicación subsidiaria de la regla de universalidad.

#### 2.4. Excepciones a las reglas de extraterritorialidad

El artículo 4 del CP exceptúa la aplicación extraterritorial, incluso en los casos regidos por el principio de universalidad, frente por ejemplo a delitos políticos (numeral 2), entre los que no se incluyen los crímenes internacionales ni el terrorismo. En cuanto a los alcances del artículo 4.1, deben tenerse en cuenta las causas de extinción de la acción penal previstas; de estas merece atención la de cosa juzgada: no podrá renovarse en Perú el juzgamiento por hechos realizados en el extranjero si existe sentencia firme, nacional o extranjera, condenatoria o absolutoria, por el mismo contenido de injusto. El último párrafo del artículo 4 del CP permite, sin embargo, revisar una condena extranjera si la pena no se ejecutó totalmente; en tal caso el condenado sólo puede aspirar a que se descuente la pena ejecutada del contenido de la nueva sanción, pero se discute aquí la posible violación del principio de *ne bis in idem*.

#### 2.5. Jurisdicción penal sustitutoria o por representación

El artículo 3 del CP establece el principio de representación; puede aplicarse la ley peruana cuando se niega la entrega del agente a las autoridades extranjeras que solicitan su extradición, generalmente por hechos cometidos fuera del territorio peruano, en cuyo caso se estatuye otra regla de aplicación extraterritorial, también aplicable a supuestos de crímenes internacionales.

Los principios de conexión expuestos en este punto anterior rigen también para los crímenes internacionales, sin que existan especialidades al respecto.

---

<sup>43</sup> José Hurtado Pozo, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, Eddili, 1987, pp. 243-244; Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte general*, o. cit., p. 220.

<sup>44</sup> Defensoría del Pueblo, *Corte Penal Internacional*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2001, pp. 32-33.

La vigencia territorial de la ley penal se encuentra regulada en el CP vigente, por lo que desde un punto de vista formal podría considerarse que estamos ante reglas de derecho penal material. Sin embargo, como se adelantó, la aplicación de principio de personalidad (artículo 2.4 del CP) está vinculada a que el agente ingrese de cualquier modo al territorio peruano, lo que se considera una restricción a la autorización de persecución pese a la punibilidad existente. De otro lado, el principio de universalidad del artículo 2.5 no prevé restricciones de derecho procesal penal o derecho penal material, más allá de las establecidas en el artículo 4 del CP, antes analizado, como excepciones a las reglas de extraterritorialidad.

## ***II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución***

En el ordenamiento jurídico peruano, en lo que respecta a la persecución penal de crímenes internacionales, rige el principio de legalidad, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal (decreto legislativo n° 638), modificado por la ley n° 27.664 de 8 de febrero de 2002, el principio de oportunidad solo podrá ser aplicado por el Ministerio Público: 1) cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada; 2) cuando se trate de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los 2 años de pena privativa de libertad o los haya cometido un funcionario público en ejercicio de su cargo; 3) cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito o su contribución a la perpetración de este sean mínimos, salvo que se trate de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo. En los supuestos 2 y 3 será necesario que el agente haya reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

De esta manera, como señala San Martín Castro, la regla general es el principio de legalidad, y el principio de oportunidad constituye una excepción puntual a su ejercicio.<sup>45</sup> La aplicación de este principio está supeditada a la verificación de falta de necesidad de pena y falta de merecimiento de pena. En este sentido debe tratarse de delitos de escasa gravedad o de supuestos de culpabilidad mínima, como se desprende de las normas que reglamentan la aplicación de este principio. En todo caso, el fundamento de la inclusión del principio de oportunidad en el ordenamiento se susenta “en el convencimiento de que es imposible para la Administración de Justicia perseguir todas las conductas delictivas, en razones de interés público que se amparan básicamente en los principios de proporcionalidad e igualdad reconocidos constitucionalmente, y en una visión eficaz de la Administración de Justicia por razones de utilidad social e interés público, a favor de una tutela judicial efectiva. [...] [Se trata de una] política criminal que incorpora la participación de la víctima en la solución de

---

<sup>45</sup> César San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, vol. I. Lima, Grijley, 2000, p. 225.

los conflictos sociales y que toma conciencia de las exigencias vinculadas a la protección de los derechos individuales del imputado”.<sup>46</sup>

Por ello, los crímenes internacionales se encontrarían fuera de los supuestos en los que cabe la aplicación del principio de oportunidad, toda vez que se trata de crímenes que revisten especial gravedad, en los cuales el sujeto pasivo es la humanidad o la comunidad internacional y debe regir plenamente el principio de legalidad. Para estos fines, la legislación peruana no diferencia entre hechos nacionales y transnacionales o entre nacionales del Estado y extranjeros.

## D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

### I. *Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma*

1. El artículo 30 del ECPI condiciona la responsabilidad a la *intención* y el *conocimiento* de los elementos materiales del crimen. La propia norma excluye esta regla cuando existe una disposición contraria, como sucede en los casos de responsabilidad imprudente del jefe militar del artículo 28,<sup>47</sup> lo que expresa una tipificación de la culpa según la técnica de los *numerus clausus*, semejante a la prevista en el artículo 12 párrafo 2 del CP peruano. En tal sentido, si en los “Elementos de los crímenes” no se hace referencia a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30 del ECPI,<sup>48</sup> lo que también concuerda con la técnica de *numerus apertus* en materia de delitos dolosos según el artículo 12 párrafo 1 del CP peruano.

Pero la exigencia expresa de intención y conocimiento en el ECPI parece establecer un importante distanciamiento respecto de la forma como se viene concibiendo el *dolo* en la doctrina hispano-germana. Es un problema ajeno al CP peruano, que no establece un *concepto de dolo*, dejando abierta su delimitación a la doctrina y la creación jurisprudencial. Con relación al conocimiento, el artículo 30.3 del ECPI lo cifra en la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Antes bien, no es del todo convincente que el Estatuto recurra al clásico elemento volitivo o de intención para diferenciar las conductas dolosas de las que, careciendo de tal requisito, se constituyan en negligentes, precisamente por el poco consenso doctrinal que esta concepción tiene en nuestros días.<sup>49</sup> Actualmente se ha puesto en tela de juicio el papel de la voluntad como

<sup>46</sup> Gonzalo Del Río Labarthe, “El principio de oportunidad en el proceso penal peruano”, en *Revista del Taller de Derecho*, n° 1, Lima, 2002, p. 243.

<sup>47</sup> Véase *supra* 2.2.4.

<sup>48</sup> PCNICC/2000/1/Add.2, Nueva York 2000, p. 6.

<sup>49</sup> Patricia Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 189.

dato distintivo del comportamiento doloso; como precisa Ragués i Vallès, la concepción de la voluntad como fundamento del dolo “ha sido abandonada —explícita o tácitamente— por la mayor parte de la doctrina”.<sup>50</sup>

Pero una *concepción cognitiva del dolo* parece ajena al sentido del artículo 30 del ECPI; si la intención se refiere a una mera conducta, el sujeto debe querer el comportamiento incriminado (numeral 2 a), pero respecto de la consecuencia provocada debe querer causar el resultado o ser consciente de que se producirá según el curso normal de los acontecimientos (numeral 2 b). De otro lado, algunas normas del CP peruano parecen otorgar al *dolo* un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la definición de la tentativa (artículo 16) como el comienzo de la ejecución de un delito que se “decidió cometer” aunque no se consumó. Pero estas referencias a la intención del autor solo demuestran que el CP es compatible con las teorías volitivas del *dolo*; de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. De ser así, *mutatis mutandi*, como en su día objetara Gimbernat Ordeig a Cerezo Mir, se estaría dando “por supuesto lo que precisamente hay que demostrar”.<sup>51</sup> En tal virtud, no puede afirmarse que el CP adopta una determinada concepción dogmática respecto al *dolo*; los modelos dogmáticos son solo métodos de interpretación para precisar el alcance de la ley.<sup>52</sup> En todo caso, si bien el CP peruano no establece una definición de *dolo*, de la regulación del error de tipo (artículo 14 párrafo 1 del CP) se deduce que su base mínima radica solamente en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; de allí que en el derecho penal peruano no pueda exigirse condiciones volitivas con el argumento del “imperio de la ley”, con lo que el CP también es compatible con una concepción puramente cognitiva de *dolo*.

Como aprecia Lorenzo Copello, esta versión amplia de la “intencionalidad” en el ECPI permite abarcar no solo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (*dolo directo*), sino también a aquel que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (*dolo de consecuencias necesarias*) o posible de su acción (*dolo eventual*).<sup>53</sup> A su turno, la ausencia de un concepto de *dolo* en el CP peruano ha conducido a la admisión doctrinal de todas estas clases de *dolo*.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Ramón Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 18.

<sup>51</sup> Gimbernat Ordeig, “Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966, p. 479.

<sup>52</sup> Julio César Santa Cruz, *Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal*, inédito, Lima, 2000, p. 3.

<sup>53</sup> Patricia Laurenzo Copello, “Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma”, en *Jueces para la democracia*, Madrid, 2000, n° 38, p.100.

<sup>54</sup> Villavicencio Terrero, o. cit., pp. 69-70.

2. Nuestro ordenamiento penal, en cuanto a la técnica legislativa, fija el criterio de *numerus apertus* en materia de delitos dolosos (artículo 12 párrafo 1 del CP) y *numerus clausus* para los *delitos imprudentes* (artículo 12 párrafo 2 del CP). Al igual que para el caso del dolo, no se establece una definición de *culpa*, admitiéndose doctrinal y jurisprudencialmente que se cifra, conforme a criterios de imputación objetiva, en la violación de un deber de cuidado que se realiza en el resultado típico.<sup>55</sup>
3. En lo que respecta a la regulación del *error*, siguiendo estrictamente el modelo del *common law*, el artículo 32 del ECPI diferencia los casos de *error de hecho* (*mistake of fact*) y *error de derecho* (*mistake of law*). Según el apartado 1 el *error de hecho* exime de responsabilidad siempre que haga desaparecer el elemento de intencionalidad. El *error de derecho*, conforme al apartado 2 y especialmente con relación a la competencia de la Corte, es irrelevante<sup>56</sup> salvo que elimine el elemento de intencionalidad, en cuyo caso tiene también efecto eximente.

No se acude a los criterios de *error de tipo* y *error de prohibición* que reconoce el artículo 14 del CP peruano;<sup>57</sup> el error es admisible en el Estatuto solo si excluye la *mens rea*<sup>58</sup> o intencionalidad. De ese modo, se limita su relevancia jurídico-penal a los casos en que la ignorancia o falsa representación se vinculan a algún elemento del tipo delictivo, con lo que se restringe el ámbito del error de prohibición a los supuestos estructuralmente semejantes al error de tipo; esto es, cuando la falta de conciencia de la ilicitud repercute sobre la conciencia de realización del tipo —por ejemplo, en el *error de prohibición* indirecto sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación,<sup>59</sup> que para un sector importante califica más bien como error de tipo negativo—. <sup>60</sup> Como ilustra Ambos, el soldado que comete un crimen de guerra a causa de

<sup>55</sup> Carlos Briceño Puente, *Los delitos culposos*, Lima, Textual Gráfica, 2000, pp. 20 y ss.

<sup>56</sup> Ramón Ragués i Vallès, “El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX”, en diario *La Ley*, n° 5289, p. 4.

<sup>57</sup> Sin embargo, partiendo de categorías semejantes dentro del CP español, Miguel Díaz y García Conlledo (“Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en Varios autores, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, McGraw Hill, 1999, pp. 83 y ss.) advierte sobre la vuelta a la distinción entre error de hecho y error de derecho con relación al dolo, especialmente en la dogmática alemana a propósito de los aportes de Burkhardt y Kindhäuser.

<sup>58</sup> Kai Ambos, “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, n° 44, Pamplona, 2000, p. 946.

<sup>59</sup> Patricia Laurenzo Copello, “Hacia la Corte Penal Internacional”, o. cit., p. 100.

<sup>60</sup> Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 28-29. Santiago Mir Puig, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español”, en *La Ley*, Madrid, 1991, t. I., p. 1030-1031; Miguel Díaz y García Conlledo, “¿Error de tipo o error de hecho?”, en Varios autores, *El nuevo derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 225-227.

una agresión putativa contra su vida incurre en un error de tipo de permisión, debiendo admitirse la ausencia de responsabilidad por error de hecho.<sup>61</sup>

Por lo demás, el artículo 32 del ECPI otorga relevancia al *error de derecho* en los casos del artículo 33, es decir, cuando existe una errónea valoración sobre la licitud de la orden del superior o del gobierno,<sup>62</sup> pero ello no cubre suficientemente los casos en los que, dentro del *common law*, se admite la relevancia del *mistake of law*,<sup>63</sup> entre los que se encuentran casos de error sobre una causa de exculpación que elimina la imputabilidad o culpabilidad, o sobre normas de justificación en general. De allí que sea previsible que en la aplicación de las reglas del error se recurra, en virtud del artículo 21.1 *c* del Estatuto, a los principios generales de la ley nacional a fin de ampliar los supuestos de errores relevantes.<sup>64</sup>

En el ordenamiento peruano no existe una regla de irrelevancia del *error de derecho*, pero teniendo en cuenta la interpretación dominante podría entenderse que puede dar lugar a un *error de tipo o de prohibición*. Así, si el error de derecho afecta el conocimiento de un elemento del tipo, desaparecerá el dolo y, según sea evitable o no, podrá imputarse responsabilidad imprudente o concluirse en la atipicidad subjetiva. Los casos de actuación bajo órdenes cuentan con una regulación propia en el ordenamiento peruano, sin que sea necesaria una aclaración sobre los efectos del desconocimiento del derecho. Como puede verse, es posible arribar a través del CP a resultados similares a los del artículo 32.2 del ECPI.

4. En lo que concierne a *la tentativa*, puede entenderse que el ECPI considera como regla general que la responsabilidad criminal surge desde el momento en que esta se produce y que los actos preparatorios son impunes. Ello se deduce del artículo 25.3 *f*, según el cual puede sancionarse a quien “intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad”.

De esta forma, es posible concluir que la responsabilidad penal requiere necesariamente del denominado “inicio de la ejecución”, definido según el ECPI como la realización de actos que supongan un paso importante en la ejecución del crimen.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Kai Ambos, “Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 9, Lima, 2000, p. 55.

<sup>62</sup> William A. Schabas, “Principios generales de derecho penal”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad del Externado, Bogotá, 1999, pp. 312-313.

<sup>63</sup> George F. Fletcher, *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 247-248.

<sup>64</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 947.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 936.

Como corolario de lo anterior, la etapa externa de preparación queda fuera del ámbito de criminalización del ECPI, al igual que la participación criminal en actos que no han llegado al estadio de ejecución.

En el derecho penal español y alemán se considera que hay tentativa “cuando el autor de manera dolosa da comienzo a la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad”.<sup>66</sup> Sin embargo, como puntualiza Ambos, en la interpretación del Estatuto sigue siendo problemática la determinación del concepto de “inicio de ejecución”.<sup>67</sup>

Frente al debate entre la teoría objetiva y subjetiva sobre el inicio de ejecución,<sup>68</sup> en el derecho hispano se asume por lo general una postura objetivo-subjetiva, según la cual debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde el criterio objetivo de la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal, es decir, “cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo”.<sup>69</sup> Esta perspectiva es compatible con el sentido del artículo 16 del CP peruano, según el cual “en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”.

La no exigencia expresa de inmediatez en la norma nacional, como sí se deduce directamente del § 22 del StGB (Código Penal) alemán o del artículo 16.1 del CP español, parecería acercar su contenido a la definición del artículo 25.3 f del ECPI, según la cual no hace falta que el delito se ejecute en parte —realizar uno o más elementos del delito—<sup>70</sup> sino realizar “actos que supongan un paso importante para su ejecución”. La ausencia del requisito expreso de inmediatez en nuestra norma no ampara sin embargo la sanción de actos preparatorios o pertenecientes a la denominada “fase intermedia” —entre la preparación y la ejecución—; con ello se estaría renunciando a un derecho penal de la lesividad y contrariando el sentido del artículo 16 del CP, que exige “comienzo de ejecución”, es decir, el ejercicio actual y no futuro de actos ejecutivos, con lo cual la inmediatez parece erigirse como una condición implícita que

---

<sup>66</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 589.

<sup>67</sup> Ambos, “Principios generales”, o. cit., p. 936.

<sup>68</sup> Véase Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1999, pp. 278-279. La teoría objetiva se caracteriza por analizar los hechos desde el enfoque de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera que los actos por él ejecutados reflejen el peligro para un bien jurídico y consecuentemente el dolo con que se ejecuta la acción. Así, es el hecho mismo el que se valora, quedando al margen la perspectiva del plan del autor. Por el contrario, la teoría subjetiva delimita el comienzo de ejecución tomando como guía el propio plan del autor, para establecer si este ha tomado ya la decisión de ejecutar el hecho y comprobar si el acto efectivamente realizado representa ya un peligro para el bien jurídico.

<sup>69</sup> Mir Puig, o. cit., p. 339.

<sup>70</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 936.

subyace a la norma peruana. En consecuencia, el concepto de tentativa del ECPI no solo abarca sino que parece superar al previsto en el artículo 16 del CP.

El ECPI permite identificar las formas de tentativa acabada e inacabada, así como el desistimiento y la interrupción accidental, lo que es compatible con las normas del CP peruano. La regulación del desistimiento en el artículo 25.3 *f* permite diferenciar la tentativa inacabada (“quien desista de la comisión de crimen”) y la acabada (“o impida de otra forma que se consume”). La interrupción accidental fluye directamente de la expresión “aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad” de la citada norma del Estatuto. Como en el caso del CP peruano, el ECPI considera punibles la tentativa acabada e inacabada interrumpidas accidentalmente, aunque, a diferencia del artículo 16 del texto nacional, no prevé la opción de atenuar la pena en tales casos, pese a lo cual la reducción puede operar en el ámbito de la individualización judicial de la pena en virtud del menor disvalor de resultado de la tentativa frente al hecho consumado.

También como se aprecia en el artículo 18 del CP peruano, se otorga en el ECPI efecto eximente al desistimiento, en tentativa inacabada y acabada, como se mencionó. Para ello, el artículo 25.3 *fin fine* del Estatuto establece dos requisitos acumulativos: desde el punto de vista objetivo es preciso que el desistimiento sea eficaz, es decir, que el crimen no se consume, bien porque el sujeto no siga adelante con su ejecución o porque desarrolle otras medidas para evitarlo; a su vez, subjetivamente hace falta que el autor renuncie íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

Como explica Lorenzo Copello,<sup>71</sup> la exigencia objetiva está vinculada a la efectiva evitación del hecho, lo que a su juicio permite, en los casos de codeinfluencia, sancionar a quien, actuando como integrante de un grupo, renuncia voluntaria y definitivamente a la realización de hechos típicos, pero sin evitar la consumación, lo que se condice con la naturaleza grave de los crímenes internacionales. La exención de pena en tales casos requeriría de una norma expresa como el artículo 16.3 del CP español o el artículo 18 del CP peruano, en los que basta el intento serio, firme y decidido de evitar el resultado.

5. Otro aspecto que debe tomarse en consideración es el referido a la *autoría y participación*, a efectos de lo cual debemos distinguir entre:

5.1. Autoría directa, autoría mediata y coautoría. En el artículo 25.3 del ECPI se establecen las reglas de autoría (literal *a*) y participación (literales *b* y *c*) del derecho penal internacional, las que en términos generales concuerdan con la regulación prevista en el CP peruano.

Las tres clásicas formas de autoría se distinguen en el artículo 25.3 *a*: la autoría directa o inmediata (“por sí solo”), la coautoría (“con otro”) y la autoría mediata (“por conducto de otro”). El CP peruano acoge también estas formas de autoría; según el

<sup>71</sup> Lorenzo Copello, “Hacia la Corte...”, o. cit., p. 98, n. 40.

artículo 23 son autores “el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente”. En ese sentido, como señala Díaz y García Conlledo, es autor quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato) o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso.<sup>72</sup>

En cuanto al autor mediato, si bien ha sido concebido originariamente como aquel que realiza el hecho utilizando a otro como instrumento, recibe en el Estatuto un tratamiento que difiere de esta concepción clásica. Así, al identificar los requisitos clásicos de la autoría mediata, precisa Velásquez Velásquez, entre otros, que el dominio del hecho debe tenerlo el hombre de atrás y que el instrumento o ejecutor material debe encontrarse subordinado a este; por tanto, los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en el hombre de atrás y referirse solo a él.<sup>73</sup>

Antes bien, la concepción de la autoría mediata en el artículo 25.3 *a* del Estatuto (“por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”) es más amplia, susceptible no solo de incluir los supuestos en los que el instrumento o ejecutor actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino también cuando es plenamente responsable. Se admite en consecuencia otra manifestación del dominio mediato del hecho, como la desarrollada por Roxin sobre la base del “dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas”.<sup>74</sup> En la llamada figura del “autor detrás del autor”,<sup>75</sup> el instrumento que ejecuta las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado es penalmente responsable a título de autor porque en rigor no le asiste causal alguna de exención de pena.

Pero ello deja intacta la “autoría mediata del hombre de atrás”, quien mantiene un dominio del hecho que se funda en la intercambiabilidad o fungibilidad arbitraria de los receptores de la orden, la que conlleva a la ejecución automática de esta (“dominio del hecho por dominio de voluntad”). De esa forma, es también autor mediato quien en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo,<sup>76</sup> lo que concuerda con el sentido del artículo 25.3 *b* del Estatuto,

---

<sup>72</sup> Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 691.

<sup>73</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, p. 615.

<sup>74</sup> Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 267-278.

<sup>75</sup> Claus Roxin, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Penal*, Barcelona, 1997, n° 2, pp. 61-65.

<sup>76</sup> Una revisión de las críticas a esta postura puede verse en Kai Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores

que sanciona la conducta de quien ordena la comisión del crimen, y con la disposición del artículo 28, que, como se verá, instaura un supuesto de autoría por omisión de los jefes militares o del superior jerárquico.

Ahora bien, la regulación de la coautoría del artículo 25.3 *a* del ECPI es poco clara al vincularse la expresión “Cometa ese crimen [...], con otro”, con la alocución “sea este o no penalmente responsable”. Por definición, los coautores realizan de mutuo acuerdo y conjuntamente el hecho punible; son pues requisitos de la coautoría la decisión común del hecho, definido como el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho, y la intervención en la comisión a título de autor.<sup>77</sup> De ello deriva el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones al plan global comúnmente acordado: todo lo que haga cada uno de los coautores será imputable a todos los demás.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, la referencia en el Estatuto a una intervención conjunta en la que alguno de los participantes no es punible parece limitarse a los casos en que uno de los intervinientes ejecuta acciones delictivas *motu proprio*, fuera del acuerdo común, delitos que solo podrán imputársele a él por ser ajenos a una realización conjunta dolosa. Si es esta la orientación adoptada por el ECPI, la previsión de una no responsabilidad en tales casos dentro del artículo 25.3 *a* es inadecuada, “se sitúa a la misma altura conceptos estructuralmente muy diferentes y que por tanto deberían ser tratados en diferentes párrafos o secciones”.<sup>78</sup>

5.2. Inducción, complicidad y “encubrimiento”. En materia de participación criminal, los supuestos contemplados en los literales *b*, *c* y *d* del artículo 25.3 del ECPI podrían reconducirse a las clásicas formas de instigación, complicidad y encubrimiento.<sup>79</sup> Sin embargo, como ha puesto de relieve Schabas, desde la perspectiva del *common law* existe cierta redundancia entre los apartados *b* y *c* del artículo 25.3: mientras el literal *b* se refiere en la versión española a quien “ordene, proponga o induzca”, el literal *c* trata de quien “facilite, encubra o colabore de algún modo”. En este último apartado la palabra *abet* del *common law* se tradujo como encubrir, cuando originalmente implica mucho más: “incentivar, incitar u ordenar a otro cometer un delito”, de modo que comprende todos los comportamientos descritos en el artículo 25.3 *b*.<sup>80</sup>

---

aportaciones”, en *Themis*, n° 37, Lima, 1998, pp. 181 y ss. Véase también Günther Jakobs, “Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994-5StR 98/94”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n° 1, Madrid, 1999, pp. 264 y ss.

<sup>77</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 745-746.

<sup>78</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 931.

<sup>79</sup> Laurenzo Copello, “Hacia la Corte...”, o. cit., p. 99.

<sup>80</sup> Schabas, o. cit., p. 288.

Como se mencionó, en el contexto del artículo 25.3 *b* la punición de quien “ordene” no se fundamenta en las reglas de la participación delictiva; se trata de un supuesto de autoría mediata comisiva, superflua en este caso porque dicha forma de intervención deriva ya del literal *a in fine* del artículo 25.3. Antes bien, debe entenderse como una disposición complementaria a la responsabilidad por omisión del jefe militar o del superior civil prevista en el artículo 28 del ECPI.

La proposición y la inducción a la comisión de un crimen también son punibles conforme al artículo 25.3 *b*, siempre y cuando exista al menos tentativa, lo que descarta todo intento de entender estas disposiciones como casos de adelantamiento de la barrera criminal. Ni la proposición ni la inducción gozan de asidero expreso en el CP peruano, a diferencia por ejemplo del CP español de 1995,<sup>81</sup> del StGB alemán<sup>82</sup> o del CP francés de 1994,<sup>83</sup> que recurren a fórmulas disímiles.

La cercanía de las regulaciones hispana y germana al contenido de la instigación definida en el artículo 24 del texto peruano parece expresar una concordancia entre los conceptos de inducción e instigación, en el sentido de determinar dolosamente a otro a cometer un hecho antijurídico. Sin embargo, teniendo en cuenta el desarrollo de estos conceptos en el *common law*, la inducción puede entenderse como un “‘paraguas’ terminológico” que termina por abarcar a la instigación, al comprender toda conducta que conduzca a otra persona a cometer un delito.<sup>84</sup> Tal amplitud debe someterse en todo caso a las restricciones que derivan del ECPI, especialmente el elemento de intencionalidad (dolo) exigido por el artículo 30, con lo cual la inducción punible será solo aquella intervención dolosa para conducir a otro a cometer un delito, fórmula cercana al concepto clásico de instigación; de allí seguramente que pueda postularse una equiparación, en el marco del Estatuto, entre instigación e inducción.<sup>85</sup>

En cuanto a la proposición, el artículo 25.3 *b* del ECPI exige al menos la tentativa del delito propuesto; por ello no puede admitirse la definición del CP español, en cuyo seno la proposición puede entenderse como la tentativa de inducción.<sup>86</sup> Dicho de otro modo, la proposición es un modo de consumación adelantada respecto de la inducción, lo que explica su utilización limitada en la parte especial del Código español. Pero si en la proposición y en la inducción el ECPI exige la tentativa o la consu-

---

<sup>81</sup> Artículo 17.2: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a cometerla”.

Artículo 28: “También serán considerados autores:

”a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlos”.

<sup>82</sup> “§ 26. Igual que el autor será castigado el inductor. Inductor es quien haya determinado dolosamente a otro a cometer un hecho antijurídico doloso”.

<sup>83</sup> Artículo 121-7. “[...] También son cómplices quienes, por medio de dádiva, promesa, amenaza, orden, o bien abuso de autoridad o de poder, hayan inducido a otro o le hayan dado instrucciones para que se cometa la infracción”.

<sup>84</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 932.

<sup>85</sup> Schabas, o. cit., p. 290.

<sup>86</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., PPU, 1998, Barcelona, p. 404.

mación y no se quiere admitir una redundancia, podría concretarse la proposición como un supuesto de provocación pública, semejante al tipo de provocación del artículo 315 párrafo 2 del CP peruano, aunque en el caso de la norma internacional, reitero, se exige por lo menos el comienzo de ejecución. En otras palabras, el artículo 25.3 *b* abarcaría tanto la inducción a un número determinado de personas (“inducción”), como la provocación pública (“proposición”).

Ahora bien, la jurisprudencia internacional ha sido favorable a admitir formas de participación posteriores a la consumación del crimen. En el caso *Tadic*, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia declaró en la sentencia de 7 de mayo de 1997 que la complicidad implica “apoyar la actual comisión, antes, durante o después del incidente” y que el cómplice será responsable de todo aquello que naturalmente resulte de la comisión del acto en cuestión,<sup>87</sup> siguiendo con ello la teoría inglesa de la “*concerned in the killing*”.<sup>88</sup>

Esta orientación no es de recibo en los sistemas de tradición romano-germánica, en los que la complicidad se admite solo hasta el momento de la consumación<sup>89</sup> y se aclara que cualquier promesa previa de auxilio posterior al hecho debe reputarse como mera complicidad síquica<sup>90</sup> o intelectual por haberse alentado el hecho.<sup>91</sup> En sistemas como el nuestro, la responsabilidad por actos ulteriores a la consumación formal del delito puede operar solamente a título de encubrimiento, concebido no como una modalidad de la participación delictiva sino como injustos autónomos regulados en la parte especial, como se aprecia por ejemplo en los tipos de encubrimiento real y personal de los artículos 404 y 405 del CP peruano, en los que la sanción del encubridor no depende de la que pueda imponerse al autor del delito previo. Esta es en cierto modo la tendencia del ECPI, como puede apreciarse en la tipificación como delitos contra la administración de justicia (artículo 70.1) de determinadas manifestaciones de encubrimiento.

Se ha sostenido que el ECPI no ha resuelto claramente esta cuestión en los apartados *b* y *c* del artículo 25.3.<sup>92</sup> Pero no debe olvidarse la limitación fáctica que introduce el literal *c* a las formas de complicidad, encubrimiento y colaboración: estas deben significar una contribución objetiva “en la comisión o la tentativa de comisión del crimen”. En el plano subjetivo, el partícipe debe tener el “propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, lo que implica una exigencia generalmente más estricta que el mero conocimiento.<sup>93</sup> Estas condiciones permiten entender entonces que la participación punible es solo la

<sup>87</sup> *Prosecutor vs. Tadic* (caso IT 94-I-AR72), pf. 692.

<sup>88</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 933.

<sup>89</sup> Mir Puig, o. cit., p. 410; Raúl Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1997, p. 354; Luis Miguel Bramont-Arias Torres, *Manual de derecho penal. Parte general*, Santa Rosa, Lima, 2000, p. 332.

<sup>90</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, o. cit., p. 815.

<sup>91</sup> José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, Eddili, 1987, p. 545.

<sup>92</sup> Schabas, o. cit., p. 290.

<sup>93</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 932.

que se realiza desde los actos preparatorios (“incluso suministrando los medios para su comisión”) hasta la consumación, pasando por el momento de la ejecución delictiva.

El encubrimiento del artículo 25.3 *c* del Estatuto debe entenderse dentro de tales márgenes y no como una forma especial de intervención posterior al hecho. La distancia entre esta concepción y el sentido que se dispensa al encubrimiento en la doctrina penal hispana puede deberse únicamente a su asimilación con la palabra *abet* de la versión en inglés, entendida ampliamente, según se advirtió, como “incentivar, incitar u ordenar”, o sea, para denotar modalidades de instigación delictiva o casos de complicidad intelectual o síquica que muchas veces han sido calificados como encubrimiento.<sup>94</sup>

Por lo demás, puede interpretarse que el artículo 25.3 *c* del ECPI es permeable a las clases de complicidad primaria (“sea cómplice”) y secundaria (“colabore de algún modo”), reconocidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 25 del CP peruano. Ello es compatible con la concepción amplia de la complicidad en la jurisprudencia penal internacional y la no exigencia de un grado cuantitativo de ayuda, al no recogerse la exigencia de una intervención “directa y sustancial” como la prevista por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 2.3 *d* del Código de Crímenes Contra la Paz de 1996.<sup>95</sup> No obstante, tal amplitud se ve limitada por los principios de culpabilidad y responsabilidad individual que subyacen al ECPI, por lo que es de exigirse que la responsabilidad de cada participante se determine individualmente sobre la base de su contribución de hecho al crimen, excluyéndose formas de responsabilidad solidaria o vicarial.<sup>96</sup>

5.3. Contribución al crimen colectivo. Tomando en cuenta el modelo de la Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas,<sup>97</sup> el artículo 25.3 *d* del Estatuto criminaliza cualquier otra contribución intencional a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

El ECPI no tipifica expresamente la conspiración para delinquir, que en el sistema del *common law* equivale al acuerdo de dos o más personas para cometer un delito, independientemente de la tentativa o consumación. Una solución similar a la del *common law* puede observarse por ejemplo en el artículo 317 del CP peruano, que sanciona como delito la asociación ilícita e inclusive prevé una agravante cuando está destinada al genocidio,<sup>98</sup> mientras que textos como CP español de 1995 (artículo 17.1) prevén la conspiración como una forma de participación delictiva en la parte general.

<sup>94</sup> Mir Puig, o. cit., p. 410.

<sup>95</sup> Schabas, o. cit., p. 289.

<sup>96</sup> Ambos, “Principios generales...”, o. cit., p. 933.

<sup>97</sup> Anexo, artículo 2.3, UN Doc. A/RES/52/164 (1998).

<sup>98</sup> José Leandro Reaño Peschiera, “Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita”, en César San Martín Castro, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista, Lima, 2002, pp. 279 y ss.

Lo cierto es que la construcción del artículo 25.3 *d* del Estatuto impide apreciar, en rigor, un supuesto de conspiración; se trata apenas de la contribución “de algún otro modo” al crimen colectivo. La necesidad de que exista tentativa cuando menos excluye la sanción de un mero acto preparatorio, por lo que nos encontramos ante un supuesto de complicidad innecesariamente previsto, pues ya está abarcado por la generalidad del apartado *b* del artículo 25.3 del ECPI.<sup>99</sup>

6. Otro punto importante a tratar es el referido a la *punibilidad por omisión*. El artículo 13 del CP peruano establece la cláusula de la *omisión impropia o comisión por omisión*, en términos similares al § 13 del StGB alemán, exigiendo para la imputación la violación de un deber de garante (de proteger un bien o de controlar una fuente de peligro), además de la equivalencia estructural en cuanto al disvalor entre la omisión y la comisión. Si esa equivalencia se altera (como en la omisión pura de garante) cabe la atenuación de la pena.<sup>100</sup> Estos criterios se han utilizado recientemente para imputar responsabilidad penal al ex presidente del Perú Alberto Fujimori Fujimori por delitos de lesa humanidad, vinculados a la actuación del grupo paramilitar Colina en los caso de Barrios Altos (1991) y la Cantuta (1992).
7. En cuanto a la *responsabilidad del mando* (artículo 28 ECPI), el CP peruano no la recoge expresamente, ni para el mando militar (numeral 1) ni para el superior civil (numeral 2), pero se ha discutido el problema a raíz de las imputaciones contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori (actualmente en Japón y ejerciendo la ciudadanía de ese país), su ex asesor Vladimiro Montesinos Montesinos (sujeto a prisión preventiva en Perú) y su cúpula militar (muchos sujetos a prisión preventiva), por graves violaciones de derechos humanos en los citados casos de Barrios Altos (recientemente Fujimori ha aceptado en un libro la responsabilidad de los militares) y la Cantuta. La imputación se ha construido principalmente sobre la autoría mediata que reconoce expresamente el artículo 23 del CP, teniendo en cuenta los aportes de Roxin sobre el “dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas”.<sup>101</sup>
8. Por otro lado, debe abordarse el tema de la *actuación bajo el cumplimiento de una orden*. El efecto eximente de la *obediencia debida* deriva del artículo 20.9 del CP, cuya redacción es más escueta que la del artículo 33 del ECPI

<sup>99</sup>Laurenzo Copello, “Hacia la Corte...”, o. cit., p. 99.

<sup>100</sup>Críticamente, James Reategui Sánchez, *El delito de omisión impropia*, Jurista, Lima, 2002, pp. 100-101.

<sup>101</sup>Claus Roxin, *Autoría y dominio...*, o. cit., pp. 267-278. También se tuvo presente en el antejuicio parlamentario y la denuncia fiscal, Ambos, “Dominio del hecho...”, o. cit., pp. 181 y ss., así como las interpretaciones del artículo 28 del ECPI.

pero permite observar sus elementos: dependencia funcional, obligatoriedad de la orden e ilicitud no manifiesta. La norma peruana no llega a prever una presunción de manifiesta ilicitud para el genocidio y delitos de lesa humanidad, pero la doctrina admite esta interpretación.

9. En lo referente a la *legítima defensa* debe señalarse que, aunque está reconocida como causa de justificación en el artículo 20.3 del CP, no se adopta una regulación especialmente restrictiva como la del artículo 31.1 *c* del ECPI. Se entiende que es suficiente en la norma nacional, además del elemento subjetivo (“ánimo de defensa”), la agresión ilegítima, la falta de provocación y la defensa necesaria. Pese a ello, estimo que las especiales exigencias del ECPI no son ajenas a la interpretación de la norma peruana.
10. El CP peruano regula también el *estado de necesidad* justificante (artículo 20.4) y disculpante (artículo 20.5), en términos semejantes a los de los § 34 y 35 del StGB alemán, respectivamente. En consecuencia, no se adopta una fórmula única como la del artículo 31.1 *d* del ECPI, ni se llega al grado de detalle de esta, aunque las exigencias del texto internacional podrían derivarse también del CP —que el daño causado no supere el que se evita, limitación de la eximente a la tutela de bienes esenciales como la vida o la integridad, peligro inminente de causa ajena y sin injerencia previa, entre otros.
11. Por otro lado, el artículo 20.2 del CP señala que no responden penalmente los *menores* de 18 años, con lo que el efecto es similar respecto del artículo 26 del ECPI. Se encuentran derogadas las disposiciones que en materia de terrorismo permitían la sanción de menores de 16 años. El CP establece además la imputabilidad restringida (artículo 22 párrafo 1) entre los 18 y 21 años, con efectos atenuantes, los mismos que se extienden a los mayores de 65 años, ante cualquier delito. La imputabilidad restringida no rige, según el párrafo 2 del artículo 22, para los delitos de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.
12. Respecto de las *reglas de determinación de la pena* se debe señalar que el CP otorga a la pena fines de prevención general y especial (artículos I y IX); se excluye la retribución por inconstitucional. A su vez, establece reglas de *individualización judicial de la pena* en los artículos 45 y 46, que se vienen interpretando, no sin críticas, conforme a la *Stellenwerttheorie* o teoría del valor relativo de empleo, es decir, tomando en cuenta los elementos del injusto culpable para la medición o duración de la pena (criterios del artículo 46): la llamada individualización en sentido estricto y criterios de prevención especial para la elección de las medidas alternativas (artículo 45) o individualización en sentido amplio.<sup>102</sup> No se establecen criterios específicos para los casos de crímenes internacionales.

13. En lo referente a la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas el CP peruano, al igual que el artículo 25.1 del ECPI, adopta el *societas delinquere non potest*. Sin embargo, de modo similar al CP español de 1995 (artículo 129), el CP peruano establece en el artículo 105 consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, y prevé que si el hecho punible es cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: 1) clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; 2) la clausura temporal no excederá de cinco años; 3) disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; 4) suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años; 5) prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La norma precisa que la prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo y que la prohibición temporal no será mayor de cinco años. Finalmente indica que cuando se aplique alguna de estas medidas, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Estas consecuencias accesorias formalmente no son penas ni medidas de seguridad, por hallarse fuera del catálogo de dichas consecuencias jurídicas (artículos 28 y 71 del CP). Se trata de consecuencias del delito, es decir, medidas aplicables ante la verificación *ex post* de actividad delictuosa (hecho punible), sin que se requiera una condena efectiva, muchas veces impedida por la imposibilidad jurídica de condena en ausencia, sino la mera declaración de que se cometió un hecho delictivo. Así, el artículo 105 se funda, como la medida de decomiso, en criterios de peligrosidad objetiva de la cosa, y pueden asumirse los argumentos del derecho penal alemán relativos al “defecto de organización” de la persona jurídica o “deficiente administración del riesgo”.<sup>103</sup>

14. Una cuestión importante es la referida a las *inmunidades*. Según el artículo 10 del CP, “La ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”. No existe trato privilegiado para los autores de crímenes internacionales. Solo rigen los supuestos vinculados a la inmunidad (artículos 93, 161 y 201 de la Constitución), el antejuicio constitucional para los altos funcionarios del Estado

<sup>102</sup> Fernando Velásquez Velásquez, *Los criterios de determinación de la pena en el C.P. peruano de 1991*, inédito, Lima, 2000, pp. 8 y ss.

<sup>103</sup> Dino Carlos Caro Coria, “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano”, en *Derecho*, n° 54, Lima, 2001, pp. 445-449.

por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones (artículo 99 de la Constitución) y las excepciones de derecho internacional previstas en el Código Bustamante (artículos 297, 298.7 y 299), el Tratado de Montevideo de 1940 (artículo 7) y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 (artículos V.18 *a*, V.20, IV.11 *a* y VI.22 *a*).

En efecto, la Constitución Política del Perú establece la inmunidad parlamentaria (artículo 93), la inmunidad del defensor del Pueblo (artículo 161) y de los magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201), que importa en todo caso una prerrogativa funcional, por lo que no se trata de una protección absoluta ante cualquier proceso o imputación penal sino solo ante aquellos casos en los que se pretenda una persecución política utilizando la vía judicial.<sup>104</sup> Por otro lado, el artículo 99 de la Constitución establece el aforamiento procesal, en virtud del cual la Comisión Permanente del Congreso es la competente para acusar ante el Congreso al presidente de la República, congresistas, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, a los vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos, al defensor del Pueblo y al contralor general, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones. De proceder la acusación (artículo 100 de la Constitución) el fiscal de la Nación formulará denuncia ante la Corte Suprema, que será la competente para abrir instrucción.

De esta manera, se cuenta con privilegios constitucionales otorgados en virtud del cargo desempeñado por determinados funcionarios, que en caso de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional podrían importar un obstáculo para el debido procesamiento.

15. La regulación de la *prescripción* en el ordenamiento penal peruano difiere de lo establecido en el ECPI. El artículo 29 del ECPI determina que los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán. Este enunciado ha sido recogido de la tradición del derecho internacional de los derechos humanos, pues ya en 1968 se aprobó en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra el Derecho de Gentes.<sup>105</sup> Al consagrar el

---

<sup>104</sup> César San Martín Castro, “El procedimiento penal por delitos contra la administración pública”, en *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, Jurista, 2002, pp. 320-321.

<sup>105</sup> Véase María del Carmen Márquez Carrasco, “El principio de imprescriptibilidad en el Estatuto de Roma”, en Elizabeth Salmón Gárate, *La CPI y las medidas para su implementación en el Perú*, PUCP, Lima, 2001, pp. 186-187. En este texto la autora señala que dicha Convención “tiene efectos retroactivos en la medida en que tiende a abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma”; sin embargo, discrepamos con ella, pues la prescripción —tanto de la acción penal como de la pena— es una institución de derecho penal material, lo que determina en primer

Estatuto la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte, puede entenderse que abarca tanto la imprescriptibilidad de la acción penal como de la pena.

El CP peruano no prevé la imprescriptibilidad de estos crímenes. En la parte general se observa que el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será equivalente al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad (artículo 80 párrafo 1), y el plazo extraordinario —que se computa ante situaciones de suspensión o interrupción del plazo ordinario— vencerá *cuando el tiempo transcurrido sobrepase en una mitad el plazo ordinario de prescripción* (artículo 83 *in fine*). El artículo 80 párrafo 4 aclara que el plazo ordinario no puede ser superior a 20 años y que en los casos de cadena perpetua la acción penal prescribe a los 30 años. En cuanto a la prescripción de la pena, el artículo 86 precisa que se sujeta a los mismos plazos previstos para la prescripción de la acción penal.

*De lege ferenda*, el proyecto de Ley de Reforma de la Constitución prevé en el artículo 2, numeral 27, que “los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra son imprescriptibles”. De otro lado, mediante la resolución suprema n° 337-2002-RE de 29 de octubre de 2002 el Ministerio de Relaciones Exteriores dispuso la remisión al Congreso de la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, a fin de que sea admitida y ratificada.

16. Una problemática adicional surge ante la posibilidad de los Estados de dictar leyes de *indulto o amnistía*, que en el ordenamiento peruano extinguen la acción penal de conformidad con lo establecido en el artículo 85 del CP. El artículo 89 del CP señala que *la amnistía elimina legalmente el hecho punible que se refiere e implica perpetuo silencio respecto a él, mientras que el indulto suprime la pena impuesta*. El artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú establece que la amnistía y el indulto *producen los efectos de la cosa juzgada*.

Pues bien, el Perú registra en el periodo político de 1980 a 1995 graves denuncias por crímenes de lesa humanidad —torturas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas a cargo de grupos paramilitares—,<sup>106</sup> como se observa a raíz de casos paradigmáticos como los Sucesos de los Penales (1986),<sup>107</sup> Barrios Altos (1991) o la Cantuta (1992),<sup>108</sup> cuya impunidad se pretendió mediante las llamadas leyes de amnistía n°s 26.479

---

lugar que la aplicación de la normatividad respectiva dependerá del momento de comisión del delito, debiendo en todo caso observarse como principio rector del derecho penal únicamente la retroactividad benigna.

<sup>106</sup> Piqueras Luna y otros, *Comisión Investigadora de Grupos Paramilitares. Una lucha cívica contra la impunidad*, Congreso de la República, Lima, 1989, pp. 117 y ss.

<sup>107</sup> Chipoco Cáceda y otros, *Los sucesos de los penales: nueva abdicación de la autoridad democrática*, IDL, Lima, 1986, pp. 85 y ss.

<sup>108</sup> Víctor Cubas Villanueva, *La Cantuta: crónica de una investigación fiscal*, Palestra, Lima, 1998, pp. 7 y ss., también con referencias al caso Barrios Altos (pp. 15-16).

y 26.492 de 15 de junio y 2 de julio de 1995.<sup>109</sup> Pero la eficacia de estas normas finalmente no prosperó, entre otros motivos, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, que a propósito del caso Barrios Altos declaró que dichas leyes “carecen de efectos jurídicos” porque son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, y ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas graves violaciones de los derechos humanos,<sup>110</sup> lo que ha motivado el inicio de múltiples investigaciones fiscales y judiciales que continúan a la fecha.

Esta es la orientación *de lege ferenda* en el Perú; el anteproyecto de reforma constitucional de abril de 2002 prevé que en lo referente a los crímenes contemplados en el Estatuto solo tendrán efecto de cosa juzgada las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales comunes, durante la vigencia de un gobierno constitucional y con pleno respeto al debido proceso. Por otro lado, el proyecto de Ley de Reforma Constitucional de julio de 2002 establece en el artículo 2, numeral 27: “Los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra [...] son juzgados por los tribunales ordinarios y están excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto, la amnistía o el derecho de gracia”. Asimismo, en el artículo 2, numeral 24 *in fine*, señala: “La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución”.

17. Otro asunto de especial relevancia es el referido a la *prohibición de retroactividad*. El párrafo 2 del artículo 103 de la Constitución establece: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. En ese sentido, la ley se aplica a los hechos y situaciones que se producen durante su vigencia, y solo excepcionalmente en materia penal se prevé la retroactividad benigna. Por otro lado, el artículo 6 del CP establece en el párrafo 1: “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”. De esta manera, las disposiciones legales relativas a crímenes internacionales se aplicarán únicamente respecto de conductas que se produzcan luego de su entrada en vigencia, lo que concuerda plenamente con los artículos 11 y 22.1 del ECPI.
18. Resulta fundamental abordar el principio de *ne bis in idem*. En virtud de este principio, no podrá renovarse en Perú el juzgamiento por hechos realizados

---

<sup>109</sup> Críticamente, Kai Ambos, *Impunidad y derecho penal internacional*, Medellín, 1997, pp. 138 y ss.

<sup>110</sup> Defensoría del Pueblo, *Amnistía vs. Derechos Humanos*, Lima, Defensoría del pueblo, 2001, p. 130.

en el extranjero si existe sentencia firme, nacional o extranjera, condenatoria o absolutoria, por el mismo contenido de injusto. Tal orientación la ratifica expresamente el artículo 4.3 del CP pero solo cuando se trata de sentencias absolutorias o condenatorias totalmente ejecutadas, lo que restringe los alcances constitucionales de la cosa juzgada. El último párrafo del artículo 4 del CP permite revisar una condena extranjera si la pena no se ejecutó totalmente; en tal caso el condenado puede aspirar a que se descuente la pena ejecutada del contenido de la nueva sanción. En una dirección semejante se incardina el artículo 8 del Código de Procedimientos Penales, según el cual en los supuestos de aplicación del principio de personalidad activa “No procede la persecución contra el peruano que haya delinquirado fuera del país [...], si [...] acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido su remisión [...]”.

En el derecho penal peruano la doctrina demanda la plena vigencia del principio *ne bis in idem*, tanto en su aspecto material como procesal,<sup>111</sup> sobre la base del principio previsto en el artículo 139.13 de la Constitución. En la misma dirección se han pronunciado la sentencia 109-98-HC del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1998 en el caso Damas Espinoza<sup>112</sup> y la sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de setiembre de 1997 en el caso de Loayza Tamayo contra el Estado peruano. En ese contexto, no se expresan en la doctrina peruana los fundamentos que permitirían, al amparo del artículo 4 *in fine* del CP, renovar la persecución penal y revisar la sanción impuesta por una autoridad extranjera, habida cuenta de que ello puede violar el *ne bis in idem* material y procesal. Este último impide, inclusive, una persecución paralela cuando el mismo contenido de injusto —lo que implica identidad de hechos, sujetos y fundamento— es materia de un proceso penal en el extranjero.

## II. *Otros presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales*

La ley n° 27.378 de 21 de diciembre de 2000, aprobada a raíz de la persecución contra el ex presidente Alberto Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos, establece reglas de derecho penal premial que favorecen la delación. El artículo 1.3 establece su aplicación frente a los delitos contra la humanidad del CP, es decir, los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. De esta forma, quien proporcione información eficaz sobre alguno de estos ilícitos, siempre que no se trate de los propios autores o partícipes (artículo 7, párrafo 2), podrá beneficiarse al menos con una reducción de la pena.

<sup>111</sup> San Martín Castro, *Derecho...*, o. cit., pp. 61 y ss.; Dino Carlos Caro Coria, *Derecho penal del ambiente*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, pp. 123 y ss.

<sup>112</sup> *Diario Oficial El Peruano*, 29 de setiembre de 1998, sección de jurisprudencia.

## **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

Actualmente los crímenes de guerra son de competencia de la jurisdicción castrense o militar. Tratándose de los citados delitos contra la humanidad del CP, rigen las medidas excepcionales de limitación de derechos previstas en la ley n° 27.379 de 21 de diciembre de 2000, que permite la aplicación de medidas cautelares judiciales antes de la iniciación del proceso judicial, entre ellas la detención preliminar, el arraigo, el embargo, el levantamiento del secreto bancario y tributario o el allanamiento. En estos casos rige también la ley n° 27.697 de 12 de abril de 2002, que otorga al fiscal, previa autorización judicial, la facultad de intervenir comunicaciones y documentos privados.

## **F. La práctica efectiva de persecución**

### ***I. Alcance y medida de persecución nacional efectiva***

En el Perú no ha existido persecución alguna de crímenes internacionales cometidos en el extranjero. Sin embargo, durante el periodo 1980-2000, especialmente en el contexto de la llamada *lucha antiterrorista*, se produjeron múltiples y graves casos de violaciones a los derechos humanos, cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y grupos paramilitares. Tales hechos calificaban como delitos comunes (homicidios calificados, secuestros, lesiones graves, etc.) y, tras la vigencia del CP de 1991 y sus sucesivas modificatorias, también como delitos de desaparición forzada y tortura. Pero no siempre fueron debidamente investigados, y en la mayoría de los casos terminaron en la impunidad o la imposición de condenas menores contra los ejecutores dictadas en el fuero militar, sin establecerse la responsabilidad de los mandos civiles y militares que pudieron tener participación activa o por omisión. Fiel reflejo de esta situación de impunidad son los casos de Barrios Altos y la Cantuta.

El caso *Barrios Altos* se produjo el 3 de noviembre de 1991. Un grupo de inteligencia militar irrumpió en un inmueble ubicado en el distrito de Barrios Altos (Lima), donde se estaba celebrando una fiesta social (“pollada”) y comenzó a disparar indiscriminadamente. Mató a 15 personas e hirió gravemente a otras 4. Mientras se encontraba en trámite la investigación parlamentaria el presidente Alberto Fujimori disolvió el Congreso, y cuando se encontraba en trámite la investigación judicial el Congreso dictó las leyes n°s 26.479 y 26.492 de 15 de junio y 2 de julio de 1995, que amnistiaron a todos los policías, militares y civiles que entre 1980 y 1995 habían cometido violaciones a los derechos humanos o participado en ellas. Como se adelantó, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001 relativa al caso Barrios Altos declaró que dichas leyes “carecen de efectos jurídicos” porque son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, y ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas graves violaciones de

los derechos humanos, razón por la cual en la actualidad se encuentra en curso una investigación judicial por estos hechos ante el fuero común.

Otro caso paradigmático es el de *la Cantuta*. El hecho se produjo el 18 julio de 1992, cuando el grupo paramilitar denominado Colina irrumpió en los pabellones de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, secuestró a ocho estudiantes y un profesor, para luego torturarlos, matarlos, incinerarlos y enterrarlos en las inmediaciones de la localidad de Cieneguilla. Luego del descubrimiento del hecho y la investigación preliminar que individualizó a los presuntos autores, se formuló la denuncia fiscal correspondiente el 15 de diciembre de 1993, iniciándose proceso judicial ante el fuero común por los delitos de secuestro, desaparición forzada de personas y asesinato, mediante auto de apertura de instrucción de 17 de diciembre de ese año del 16° Juzgado Penal de Lima. Frente a esto, el Fuero Privativo Militar planteó contienda de competencia reclamando que le correspondía el juzgamiento de estos hechos por ostentar los imputados la condición de militares. Ante la discordia de la Corte Suprema, el Congreso promulgó la llamada Ley Cantuta n° 26.291 de 8 de febrero de 1994, según la cual bastaba la mayoría simple para resolver una contienda de competencia, regla aplicable a los procesos en trámite y sin necesidad de nueva votación. Ello determinó el juzgamiento en sede militar, donde se impusieron penas de hasta 20 años de prisión mediante sentencia de 21 de febrero de 1994, penas que no fueron cumplidas tras la puesta en vigor de las citadas leyes de amnistía n°s 26.479 y 26.492 de 15 de junio y 2 de julio de 1995. Actualmente, luego de culminado el gobierno de Fujimori, se ha reabierto el caso ante el fuero común, al considerarse ineficaces las leyes de amnistía por extensión de los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos. De este modo, los principales imputados se encuentran con mandato de detención preventiva, incluyendo el ex presidente Fujimori, refugiado en Japón. La defensa de los procesados alega la violación de la cosa juzgada.

Finalmente, cabe llamar la atención sobre la investigación penal contra el grupo de los oficiales militares que en abril de 1997 participaron en el llamado operativo *Chavín de Huantar*, que puso fin al secuestro de varias personas por más de cuatro meses en la residencia del embajador del Japón en Lima, a cargo del grupo armado MRTA. A partir de las investigaciones preliminares del Ministerio Público se afirma la presencia de indicios de ejecuciones extrajudiciales de aquellos terroristas que se habrían rendido tras el rescate. Ello condujo al fiscal a solicitar la detención preliminar de los investigados, la que fue decretada por el Poder Judicial, abriendo con ello un amplio debate sobre la legalidad de la propia investigación y de la medida de detención. Frente a ello, varios grupos parlamentarios presentaron entre el 15 y 16 de mayo de 2002 los proyectos de ley de amnistía n°s 2.861, 2.865, 2.877<sup>113</sup> y 2.895 para

---

<sup>113</sup> Este Proyecto plantea la extensión de los alcances de la Ley n° 26479 de Amnistía de 15 de junio de 1995, con lo que parte de ratificar la vigencia de la misma norma que fue declarada ineficaz por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

poner fin a una investigación seguida contra “héroes nacionales”.<sup>114</sup> Ante esto varias instituciones, entre ellas la Comisión de la Verdad y la Defensoría del Pueblo, vienen expresando su preocupación por esta atmósfera de posible injerencia política contra el debido juzgamiento de hechos graves que afectan los derechos humanos. Sin embargo, y en un claro retroceso frente a la excepcionalidad de la jurisdicción militar, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante resolución de 16 de agosto de 2002, dirimió la contienda de competencia n° 19/21-2002 a favor del fuero militar, dejando el juzgamiento en el fuero común solo para los imputados que no participaron directamente en el operativo.

Por lo demás, existen múltiples investigaciones promovidas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, creada mediante el DS n° 065-2001-Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) de 4 de junio de 2001, complementado por el DS n° 101-2001-PCM el 4 de septiembre del mismo año, con el fin de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado”. Los resultados de estas investigaciones aún no son definitivos.

## ***II. Impedimentos fácticos de la persecución penal***

El principal impedimento fáctico que acompaña a los procesos por violaciones graves de derechos humanos es la complicidad y el interés del propio Estado en encubrir o relajar el sentido de estas investigaciones. Ello se ha expresado en ocasiones de manera totalmente abierta, como acontecía en el gobierno de Fujimori, cuando la actitud del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial favoreció la impunidad; el Ejecutivo mediante el descontrol de la actuación de las fuerzas armadas y policiales, el Congreso a través de la aprobación de leyes como las de amnistía o la Ley Cantuta, por ejemplo, y el Poder Judicial mediante las declinatorias a favor del fuero militar o la ausencia de control de constitucionalidad de esas leyes aprobadas por el Congreso. Esta actitud no ha sido totalmente superada, pese al proceso de democratización que vive el Perú desde fines de 2000. De ello da cuenta, por ejemplo, la resolución de la Corte Suprema en el caso *Chavín de Huantar*.

Otro impedimento fáctico importante se cifra en la fuga de los procesados, en algunos casos superada, como se observa tras la reciente captura del líder del grupo Colina, Santiago Martín Rivas. Sin embargo, en otros casos difícilmente podrá garantizarse la comparecencia del procesado; así acontece con el ex presidente Fujimori, que actualmente reside en Japón y goza de la nacionalidad japonesa, razón por la cual las autoridades de dicho país han anunciado extraoficialmente que no lo entregarán a las autoridades peruanas.

---

<sup>114</sup> Véase sección de “Proyectos y legislación” en <<http://www.congreso.gob.pe>>.

Finalmente, cabe poner de relieve que el problema de los límites de la jurisdicción militar en el Perú sigue siendo no solo un tema estrictamente jurídico, sino de tensión entre el poder civil representado por el fuero común y el poder militar. La vigencia del poder militar y su fuero privativo continúa siendo una limitación importante para la adecuada persecución de los crímenes internacionales.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Como se dijo al inicio,<sup>115</sup> hasta la fecha no existen trabajos preparatorios o propuestas de adecuación integral de la legislación nacional al ECPI. Sin embargo, el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de abril de 2002 y el proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de julio de 2002 plantean algunas reglas que, de convertirse en normas, permitirán acercarse al sentido del ECPI, por ejemplo, al preverse la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

También cuenta la citada Comisión Especial Revisora del Código Penal e Implementación del Estatuto de Roma, cuyos trabajos apenas se han iniciado en febrero de 2003. Lo mismo cabe decir de la Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismos para implementar el Código Procesal Penal, de reciente creación e instalación en marzo de 2003.

### ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

Se considera que los crímenes de lesa humanidad, aunque pueden ser sancionados bajo otras figuras del CP y del CJM, carecen de una previsión específica en el ordenamiento peruano, y pueden reconocerse vacíos de punición. La regulación del genocidio, la tortura y la desaparición forzada requiere ser adaptada a los términos del ECPI. Otros vacíos de punición se presentan en torno al *apartheid* o a la cláusula abierta del artículo 7.1 *k* del ECPI, que prohíbe otros “actos inhumanos de carácter similar”. Mayor desarrollo requieren los crímenes de guerra, que solo tienen importancia residual en el CP y en el CJM. En este sentido la regulación de los crímenes contra los derechos humanos resulta insuficiente para la plena vigencia del ECPI en el Perú.

### ***III. Debate jurídico-político***

Originalmente el impulso estatal para la implementación del ECPI era casi nulo; puede decirse que provenía únicamente de la Defensoría del Pueblo. El anterior ministro de Justicia había anunciado que se trabajaría en un proyecto de implementa-

---

<sup>115</sup> Véase *supra* ítem A de introducción.

ción, pero los resultados nunca se exhibieron. Esta conducta estatal viene variando progresivamente; las citadas Comisiones de Reforma del Código Penal y del Procedimiento Penal han asumido la tarea de proyectar las reglas de implementación.

Desde la sociedad civil, la implementación no se considera una tarea prioritaria, salvo las iniciativas de determinadas organizaciones no gubernamentales ligadas a la defensa de los derechos humanos, como IDL, CEAS o la CAJ, entre otras.<sup>116</sup> Los partidos políticos y los movimientos populares son ajenos al debate. Las universidades han empezado a interesarse por la tarea de implementación, entre ellas la Pontificia Universidad Católica del Perú, mediante publicaciones que estudian el ECPI y su compatibilidad con el ordenamiento interno, y la realización de foros de discusión sobre estos temas.

## **H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional**

No existen otros aspectos que merezcan ser resaltados.

## **I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica con relación a la persecución penal de crímenes internacionales en el país analizado**

Considero que subyace en el contexto peruano el deseo de implementar de modo amplio el ECPI, principalmente mediante reformas de derecho penal sustantivo y procesal. Sin embargo, por tratarse de un asunto no prioritario en la agenda política del país, se aprecia como una tarea de mediano plazo.

Según lo descrito, existe una voluntad más o menos firme de llevar a cabo una persecución efectiva de los crímenes internacionales; así lo demuestra el actual procesamiento en el fuero común de los casos de Barrios Altos y la Cantuta. Antes bien, existen dificultades fácticas, también descritas, que menguan este deseo.

A pesar de haberse asumido obligaciones de carácter internacional en el ámbito de los derechos humanos, el trabajo de implementación de los instrumentos internacionales suele ser más bien lento y no siempre adecuado a los fines perseguidos. Ello denota un deseo de persecución de los crímenes internacionales mediante los modestos instrumentos que ofrece el derecho nacional.

El déficit solo puede explicarse por la falta de concienciación sobre la importancia del proceso de implementación y por el entendimiento de que existen otras tareas urgentes en la agenda política.

---

<sup>116</sup> Véase además <[www.iccnw.org/espanol/peru/peru.htm](http://www.iccnw.org/espanol/peru/peru.htm)>, donde se mencionan organizaciones como Amnistía Internacional Perú, la Asociación de Defensa de Derechos Humanos, la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), entre otras, dentro del índice de instituciones que participan en una coalición para la implementación del ECPI.

## Bibliografía

### Literatura

- AMBOS, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Medellín, 1997.
- AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *Thémis*, n° 37, Lima, 1998, pp. 175-193.
- AMBOS, Kai, “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, n° 44, Pamplona, 2000, pp. 925-948.
- AMBOS, Kai, “Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 9, Lima, 2000, pp. 35-78.
- ANGELES GONZÁLES, Fernando, y Manuel FRISANCHO APARICIO, *Código Penal*, vol. VIII, Ed. Jurídicas, Lima, 1999.
- AZABACHE CARACCILO, César, “Delitos contra los derechos humanos”, en *Series Penales*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1991, pp. 11-56.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Civitas, Madrid, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1999.
- BRAMONT ARIAS, Luis A., “Aspectos legales del terrorismo”, en *Debate Penal*, Lima, 1988, pp. 11-40.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., San Marcos, Lima, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M., *Manual de derecho penal. Parte general*, Santa Rosa, Lima, 2000.
- BRICEÑO PUENTE, Carlos, *Los delitos culposos*, Textual Gráfica, Lima, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.
- CARO CORIA, Dino Carlos, “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano”, en *Derecho*, Lima, n° 54, 2001, pp. 419-474.
- CHIPOCO CÁCEDA y otros, *Los sucesos de los penales: nueva abdicación de la autoridad democrática*, IDL, Lima, 1986.
- CORCOY BIDÁSULO, Mirentxu, “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1996, pp. 289-322.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *La Cantuta: crónica de una investigación fiscal*, Palestra, Lima, 1998.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Corte Penal Internacional*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Amnistía vs. derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2001.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La desaparición forzada de personas en el Perú (1980-1996)*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2002.
- DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto, *Memoria y batallas en nombre de los inocentes, Perú 1992-2001*, IDL, Lima, 2001.
- DE LEÓN VILLALBA, Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “El principio de oportunidad en el proceso penal peruano”, en *Revista del Taller de Derecho*, n°1, Lima, 2002, pp. 243 y ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en Varios autores, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, McGraw Hill, 1999, Madrid, pp. 61-111.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “¿Error de tipo o error de hecho?”, en Varios autores, *El nuevo derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 207-228.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo, Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 65, Madrid, 1998, pp. 269-364.
- FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Heymanns, Köln, 1983.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales”, en *Cathedra*, n° 5, Lima, 1999, pp. 229-245.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, “Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1966.
- GONZÁLES RUS, Juan José, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Varios autores, *Curso de derecho penal. Parte especial*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 959-975.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos, y Myrna Roxana VILLEGAS DÍAZ, “Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, en *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Colex, Madrid, 1999, pp. 35-81.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, “Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994-5StR 98/94”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, n° 1, Madrid, 1999, pp. 264-269.

- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 1987.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999, pp. 16-23.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, 1999, pp. 129-183.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma”, en *Jueces para la Democracia*, nº 38, Madrid, 2000, pp. 93-103.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, “El principio de imprescriptibilidad en el Estatuto de Roma” en Elizabeth SALMÓN GÁRATE, *La CPI y las medidas para su implementación en el Perú*, PUCP, Lima, 2001, pp. 181-196.
- MAZUELOS COELLO, Julio, *Control social y dogmática penal. Sociedad y delito*, San Marcos, Lima, 1995.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Restituyendo el Estado de Derecho*, Minjus, Lima, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español”, en *La Ley*, Madrid, 1991, pp. 1030-1039.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., PPU, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ÑÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, “Genocidio y crímenes contra la humanidad”, en Varios autores, *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Colex, Madrid, 1999, pp. 141-153.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. I, Lima, Ed. Jurídicas, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, Lima, Ed. Jurídicas, 1995.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1997.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PIQUERAS LUNA y otros, *Comisión Investigadora de Grupos Paramilitares. Una lucha cívica contra la impunidad*, Congreso de la República, Lima, 1989.
- PUPPE, Ingeborg, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1996, pp. 795-822.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “El Tribunal Penal Internacional, La última gran institución del siglo XX (I)”, en diario *La Ley*, n° 5289, Madrid, 2001, pp. 1-6 (parte II en el n° 5290, 2001, pp. 1-4).
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita”, en César San Martín Castro, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 251-305.
- REATEGUI SÁNCHEZ, James, *El delito de omisión impropia*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- RIVERA PAZ, Carlos, *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, IDL, Lima, 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Penal*, n° 2, Barcelona, 1997, pp. 61-65.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, “De la competencia *ratione materiae* prevista en el Estatuto de Roma”, en *La CPI y las medidas para su implementación en el Perú*, PUCP, Lima, 2001, pp. 75-103.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, vols. I y II, Grijley, Lima, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, “Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, PUCP, Lima, 2001, pp. 105-138.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, “El procedimiento penal por delitos contra la administración pública”, en César San Martín Castro, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 307-444.
- SANTA CRUZ, Julio César, *Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal*, inédito, Lima, 2000.
- SCHABAS, William A., “Principios generales de derecho penal”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad del Externado, Bogotá, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991*, inédito, Lima, 2000.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, Grijley, Lima, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal peruano”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1993, pp. 23-34.

### **Legislación**

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convenios de Ginebra.
- Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas.
- Código Bustamante.
- Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas.
- Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Tratado de Montevideo de 1940.
- Código Penal Español.
- StGB alemán.
- Código Penal francés.
- Constitución Política de 1993.
- Código Penal de 1991.
- Código Penal de 1924.
- Código Procesal Penal.
- Código de Justicia Militar.
- Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002.
- Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de julio de 2002.
- Decreto ley n° 23.214 de 26 de julio de 1980.
- Decreto ley n° 25475 de 6 de mayo de 1992.
- Decreto ley n° 25.592 de 2 de julio de 1992.

Ley n° 26.291 de 8 de febrero de 1994.  
Ley n° 26.479 de 15 de junio de 1995.  
Ley n° 26.492 de 2 de julio de 1995.  
Ley n° 26.926 de 21 de febrero de 1998.  
Ley n° 27.270 de 29 de mayo de 2000.  
Ley n° 27.378 de 21 de diciembre de 2000.  
Ley n° 27.379 de 21 de diciembre de 2000.  
Ley n° 27.664 de 8 de febrero de 2002.  
Ley n° 27.697 de 12 de abril de 2002.  
Ley n° 27.837 de 4 de octubre de 2002.  
DS n° 005-2003-JUS de 14 marzo de 2003.  
DS n° 065-2001-PCM de 4 de junio de 2001.  
DS n° 101-2001-PCM el 4 de septiembre de 2001.  
Resolución legislativa n° 27517 (16 de septiembre de 2001).  
Resolución suprema n° 337-2002-RE de 29 de octubre de 2002.

### ***Jurisprudencia***

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 7 de mayo de 1997, caso *Tadic*.  
Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de setiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo contra el Estado peruano*.  
Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001 relativa al caso *Barrios Altos*.  
Sentencia 109-98-HC del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1998 en el caso *Damas Espinoza*.

**José Luis González González**

## **Uruguay**

### **A. Introducción**

La República Oriental del Uruguay tiene una vasta trayectoria en la suscripción de acuerdos internacionales referidos a los derechos humanos.

Aceptó sin reservas la jurisdicción internacional, primero de la Corte Permanente de Justicia y luego de la Corte Internacional de Justicia (CPI). Asimismo, ratificó el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup> y en el ámbito americano la Convención de Derechos Humanos,<sup>2</sup> admitiendo la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Participó a su vez en las negociaciones que culminaron con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma (ECPI o Estatuto de Roma), así como en posteriores tareas reglamentarias de este, tendentes a determinar el alcance de los *elementos del crimen, las reglas de procedimiento y prueba*. En la oportunidad se jerarquizaron el Estado de Derecho y las instituciones democráticas dentro del mecanismo de aplicación del principio de *complementariedad*.

El Estatuto de Roma fue firmado por el Gobierno de la República el 19 de diciembre de 2000 y ratificado por la ley n° 17.510 de fecha 27 de junio de 2002. Pero a pesar de su plena vigencia —entró en vigor el 1° de julio de 2002— y de las recomendaciones en el ámbito internacional para crear nuevas figuras penales compatibles con los delitos enunciados en el Tratado, el Estado uruguayo no ha efectuado en su ordenamiento jurídico interno cambios que permitan una efectiva persecución de los crímenes internacionales.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Aprobado por la ley n° 13.751 de 11 de junio de 1969.

<sup>2</sup> Aprobado por la ley n° 15.737 de fecha 8 de marzo de 1985.

<sup>3</sup> La única excepción es la ley n° 17.060 (de Corrupción) de fecha 23.12.98 vinculada a los delitos contra la administración pública en el ámbito internacional.

“Capítulo VII (Ámbito internacional).

”Artículo 29 (Cohecho y soborno transnacionales). El que para celebrar o facilitar un negocio de comercio exterior uruguayo ofrece y otorga en el país o en el extranjero, siempre que concurren las

Sin perjuicio de lo expresado, se encuentran a consideración del Parlamento un proyecto de ley tendente a introducir nuevas figuras delictivas y otro de implementación del Estatuto de Roma de la CPI. Uno de ellos fue presentado por iniciativa del Poder Legislativo<sup>4</sup> (cuya discusión parlamentaria se transformo en *sine die*) y otro, de reciente data, por iniciativa del Poder Ejecutivo, que procura sanear las deficiencias del sistema con relación a las figuras delictivas de similar contenido a las del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

### **I. Genocidio**

El genocidio es un término moderno que, según su introductor, el jurista polaco Lemkin, significa ‘destrucción de una nación o un grupo étnico’.<sup>5</sup>

Dada la gravedad de las consecuencias que trae aparejadas, muchos Estados han desvalorado jurídicamente esta conducta e incorporado a su sistema legal normas que prohíben su realización. En otros casos, se ha optado por la suscrip-

circunstancias previstas en el numeral 5° del artículo 10 del Código Penal, a un funcionario público de otro Estado, dinero u otro provecho económico, por sí mismo o para otro, para sí mismo o para otro, será castigado con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

”Artículo 30 (Blanqueo de dinero). El que obstaculizare la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales a sabiendas que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 *bis*, 160, 161, 162, 163 *bis* y 163 *ter* del Código Penal, o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría.

”Artículo 31. El proceso de extradición por hechos previstos como delito en la presente ley se rige por las normas de los Tratados o Convenciones Internacionales ratificados por la República, que se encuentren en vigor. En ausencia de dichos instrumentos, se aplicarán las normas del Código Penal, del Código del Proceso Penal y las especiales previstas en los artículos siguientes.

”Artículo 32. La extradición por hechos previstos en la presente ley no es procedente cuando la pena impuesta sea inferior a dos años de privación de libertad y la parte de la sentencia que aún resta por cumplir sea inferior a seis meses. Si se tratare de personas requeridas para ser juzgadas, cuando el mínimo de la pena que la ley extranjera prevé para el delito sea inferior a seis meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 54 del Código Penal.

”Artículo 33. El hecho de que el dinero o provecho económico que resulte de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 *bis*, 160, 161, 162, 163 *bis* y 163 *ter* del Código Penal o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, hubiere sido destinado a fines políticos o con finalidad política, no basta por sí solo para considerar dicho acto como delito político”.

<sup>4</sup> Cámara de Representantes, Comisión de Derechos Humanos, carpeta n° 179 de 2000, repartido n° 120, mayo de 2000.

<sup>5</sup> Manuel Vieira, *El delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, FCU, Montevideo, p. 306.

ción a convenciones internacionales. Va de suyo que los actos de genocidio no se circunscriben únicamente a la descripción típica referida en estas, como, por ejemplo, la enunciada en el ECPI.<sup>6</sup>

En Uruguay, si bien la Constitución Política de 1967 establece en su sección II, capítulo I, un sistema de garantías en defensa de los derechos humanos, previsto en los artículos 7 y 72, mediante el cual se tutela, entre otros bienes jurídicos, la vida y la integridad física de las personas, no se encuentra ningún antecedente legislativo dentro del sistema penal en que se haya sancionado el delito de genocidio como figura autónoma.

La única referencia normativa dentro de la legislación nacional se encuentra en el derecho internacional público, luego de haber sido ratificada la Convención de París de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que Uruguay aprobó mediante ley n° 13.482 de fecha 7 de julio de 1966.<sup>7</sup>

*Plus ultra* del tiempo transcurrido y del compromiso asumido por las partes en “adoptar [...] las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio” (artículo V), el Estado uruguayo mantiene un pétreo posición y continúa sin efectuar modificaciones en su legislación interna que permitan cumplir con la Convención.

Aun considerando que parte de la doctrina nacional estima que los tratados celebrados por el Gobierno de la República y ratificados por el Parlamento, son *self executing*, y en consecuencia deben interpretarse y aplicarse directamente como cualquier otra norma de derecho interno, no es menos cierto que también forma parte del sistema jurídico uruguayo el principio de legalidad, mandado por la propia Constitución y la ley penal, las que reclaman una *lex scripta y stricta*.<sup>8</sup> De allí que la aprobación legislativa *per se* no resulta suficiente si el injusto previsto en la Convención no figura también como delito en el Código Penal ordinario (CP).

De todas maneras, la ausencia en la legislación uruguaya de la figura jurídica de genocidio prevista en la Convención o en el Estatuto de Roma no significa que este no pueda perseguirse penalmente. Bastará que el delito establecido en el artículo VI del

---

<sup>6</sup> El genocidio constituye un plan coordinado de acciones diferentes tendentes a la eliminación de un grupo nacional. Este ataque puede practicarse en los más variados dominios: a) en lo político, con la eliminación de las autoridades nacionales, el cambio de denominación de comunas y ciudades, el desplazamiento de la población para dar paso a otro grupo; b) en lo social, con la abolición de las leyes y tribunales nacionales y la progresiva sustitución de la lengua vernácula por la del conquistador; c) en lo cultural, cuando se menoscaba aspectos esenciales que identifican al grupo, como el arte, la educación, el deporte, etc.; d) en lo económico, destruyendo su dinero y los medios de producción —desbaratado en lo económico una nación o un grupo, es fácil vulnerar el resto de su andamiaje político, social y cultural—; e) biológicamente, cuando se toman medidas para disminuir o erradicar la natalidad, o se retacean productos alimenticios para una correcta nutrición, o se confiscan ropas o similares, destinados no al confort, sino a la defensa del organismo frente los rigores ambientales (Véase Viera, o. cit., p. 308).

<sup>7</sup> Publicada en el *Diario Oficial*, n° 17.395, 27/7/1966.

<sup>8</sup> Artículo 12 de la Constitución Política y artículo 1° del CP.

ECPI y en el artículo II de la Convención esté contemplado de alguna manera en el ordenamiento jurídico interno; es decir, será suficiente que las conductas en él descritas estén tuteladas a partir de los bienes jurídicos clásicos.

Así, será posible castigar a quien ejecute la “matanza de los miembros del grupo” (artículo 6 *a* del ECPI) mediante la figura penal de homicidio (artículo 310 del CP); a quien provoque una “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” (artículo 6 *b* del ECPI.), mediante la figura de lesiones, graves o gravísimas (artículos 316 y ss. del CP); a quienes adopten “medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo” (artículo 6 *d* del ECPI), mediante el delito de aborto (artículo 325 *ter* del CP), o a quien efectúe el “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo” (artículo 6 *e* del ECPI), mediante la aplicación de las normas protectoras de menores.

Ahora bien, quizás el mayor problema que se deriva de la persecución penal aplicando las normas que estatuyen delitos comunes radica en la diferencia cuantitativa de punición entre los crímenes previstos en el ECPI y los enunciados en el derecho interno, donde la coincidencia de contenido en el tipo no resulta suficiente para castigar adecuadamente las conductas lesivas de crímenes contra la humanidad. Por ejemplo, si bien el sistema punitivo uruguayo prevé un régimen de sanciones que oscila entre tres meses de prisión y treinta años de penitenciaría (artículo 68 del CP), la mayoría de los delitos referidos del Código Penal que coinciden con la tutela del bien jurídico que se pretende salvaguardar en el Estatuto de Roma se castigan con pena mínima de prisión, circunstancia que *prima facie* permite su excarcelación.

Asimismo, y aunque prevaleciera la doctrina *self executing*, la multicitada Convención no prevé en su redacción la aplicación de una pena concreta para quienes hayan cometido genocidio, de manera que el castigo quedaría a cargo del arbitrio judicial y los jueces se enfrentarían con serios problemas de técnica jurídica por ausencia de guarismo punitivo.

Con relación al aspecto normativo, no se advierten diferencias cualitativas ni cuantitativas entre el Estatuto de Roma y la Convención sobre Genocidio con referencia a la descripción del tipo. En ambos son idénticos la redacción y el contenido de los elementos estructurales de la figura penal.

En conclusión, el Estado uruguayo no tiene previstos en su legislación interna *tipos penales especiales* para perseguir crímenes de derecho internacional de los enunciados tanto en la Convención sobre Genocidio como en el Estatuto de la CPI. Únicamente cuenta con figuras delictivas provenientes del derecho penal *normal* u ordinario, donde el contenido del injusto no siempre resultará suficientemente reprobado.

## **II. Crímenes contra la humanidad**

El Estatuto de Roma define en su artículo 7.1 el *crimen de lesa humanidad* a través de la descripción de una serie de actos, enumerados taxativamente, cuya característica principal resulta del hecho de ser cometidos como “parte de un

ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

En este contexto, los crímenes contra la humanidad como crímenes internacionales no están previstos en el ordenamiento jurídico uruguayo. De allí que solo podrán perseguirse penalmente aquellas conductas que resulten correlativas a los tipos delictivos del derecho penal común.

Así por ejemplo, el asesinato (cuyo *nomen iuris* se plasma en la figura de *homicidio*), la esclavitud, la privación de libertad y los rigores no permitidos por la ley forman parte del elenco de figuras penales que recoge el ordenamiento jurídico nacional, aunque ninguno de ellos reúne el requisito del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto respecto de la situación o contexto en que debe realizarse la acción para constituir un crimen contra la humanidad.

En el *homicidio* y las lesiones personales el sujeto activo puede ser cualquiera (“el que”) que tuviera la intención de matar o de causar a alguien una lesión personal. Es indiferente la manera en que lesiona el bien jurídico, más allá de las circunstancias alteratorias de la pena por supuestos de agravamiento de la conducta. El tipo subjetivo exige solo el dolo de matar o de lesionar, a diferencia del tipo penal del Estatuto, donde además se reclama que el sujeto conozca que su acción de dar muerte forme parte de un “ataque generalizado o sistemático”.

Con relación al delito de *tortura*, si bien Uruguay ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (ley n° 16.294 de 11 de agosto de 1992),<sup>9</sup> de donde surge la obligación de prevenirla y sancionarla (artículos 1 a 6), calificarla como delito (artículos 2, 3 y 13) y tipificarla en su derecho interno (artículo 6), dicha figura jurídica nunca fue legislada hasta el presente.

Su homónimo en el CP se encuentra en el delito de *abuso de autoridad contra los detenidos* (artículo 286), que refiere al “funcionario público encargado de la administración de una cárcel, de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada que cometiera con ella actos arbitrarios o la sometiera a rigores no permitidos por los reglamentos” y se castiga con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría. La mención de este artículo crea la necesidad de distinguir el castigo por todo exceso reglamentario, sin olvidar que el hecho de torturar a una persona privada de libertad hasta provocar su muerte puede ser un homicidio calificado por sevicias, pues la figura agravada puede darse cuando existe la intención de crueldad excesiva y mera indiferencia con respecto a la muerte (dolo eventual).

Los antecedentes legislativos en procura de modificaciones al ordenamiento jurídico se encuentran en el proyecto de Ley sobre Delitos de Lesa Humanidad enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento en el año 2000,<sup>10</sup> que tipifica expresamente la

---

<sup>9</sup> Su antecedente legislativo fue la aprobación y ratificación de la Convención Interamericana contra la Tortura y Otros Tratos Crueles o Inhumanos (ley n° 15.798 de 27/12/1985).

<sup>10</sup> Cámara de Representantes, Comisión de Derechos Humanos, carpeta n° 179 de 2000, repartido n° 120.

figura delictiva,<sup>11</sup> y en el proyecto de Implementación del Estatuto de la CPI, que por vía de remisión hace suyo el tipo penal allí consagrado.

Por su parte, el delito de *desaparición forzada* (artículo 7.1 *i* del ECPI) ni siquiera tiene un símil en el ordenamiento jurídico interno. Del mismo modo que Uruguay ratificó la Convención contra la Tortura, hizo lo propio con la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas (ley n° 16.724 de 13 de diciembre de 1995), pero no legisló en el derecho interno su correspondiente figura penal. Los antecedentes legislativos se remontan a los proyectos de ley referidos *supra*.<sup>12</sup>

Respecto de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona (*esclavitud*, artículo 7.1 *c* del ECPI) y la *privación de libertad* en violación de normas fundamentales de derecho internacional (artículo 7.1 *e*), sus homónimos encuentran respaldo normativo entre los “Delitos contra la libertad” (título XI, capítulo I, del CP), que constituyen la base de una serie de disposiciones cuyo núcleo se encuentra en el hecho de privar ilegalmente a otro de su libertad personal. Así, se castiga a “el que redujere a esclavitud o a otra condición análoga a una persona, el que adquiriera o transfiera esclavos y el que trafique con ellos” (artículo 280 del CP),<sup>13</sup> y al “que de cualquiera manera privare a otro de su libertad personal” (artículo 281 del CP).<sup>14</sup>

El crimen de *violación*, tipificado en el artículo 7.1 *g* del ECPI, puede perseguirse a través de su homónimo en el CP (artículo 272), no así las otras conductas referidas en la disposición del Estatuto, pues no tienen correspondencia en el derecho interno.

En cuanto a los actos de *discriminación* previstos en el artículo 7.1 *h* del ECPI (persecución de un grupo por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales y religiosos), Uruguay aprobó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (ley n° 13.670 de fecha 1° de julio de 1968); asimismo, el CP prevé en el título III, capítulo I (“Delitos contra la paz pública”), dos normas que procuran motivar la no incitación al odio y la violencia y la no comisión de actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas (artículos 149 *bis*, y 149 *ter*).<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> “Artículo 1°. Tortura. A) Todo acto por el cual se inflija sufrimiento físico o mental con fines indagatorios, de castigo o de intimidación, tanto respecto al indagado como a terceros. B) El sometimiento a penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. C) La aplicación de tratos tendientes a anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o padecimiento psíquico”.

<sup>12</sup> Proyecto de delitos de lesa humanidad, numeral IV, artículos 10 a 13.

<sup>13</sup> Se pena con dos a seis años de penitenciaría.

<sup>14</sup> Se castiga con pena de un año de prisión a nueve años de penitenciaría, pero puede disminuirse de la tercera parte a la mitad, siempre que el autor del hecho o un copartícipe de este liberara a la víctima de su cautiverio dentro de tercer día de producirlo.

<sup>15</sup> “Artículo 149 *bis* (Incitación al odio, desprecio o violencia ante determinadas personas). El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión incitare al odio, al desprecio, o cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza,

En suma, conforme a lo expresado, pueden perseguirse delitos de *mala in se*, reprobados por la comunidad internacional, que son coincidentes —no idénticos— con la descripción típica, el contenido y alcance que les otorgan los instrumentos internacionales —especialmente el Estatuto de Roma—, pero de su persecución punitiva solo puede esperarse un desvalorizado castigo con relación al reproche de los crímenes internacionales.

### III. Crímenes de guerra

El artículo 8 del ECPI entiende por *crímenes de guerra* las “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949” que se cometan mediante una serie de actos, descritos taxativamente, contra personas o bienes protegidos en dichos convenios (literal *a*, i, viii, y literal *b*, i-xxvi).

Para que la Corte ejerza competencia es menester que los crímenes de guerra se “cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (artículo 8.1). En dicho contexto, el ordenamiento jurídico uruguayo carece de normas con el mismo contenido típico de los crímenes de guerra enunciados en el ECPI.

Sin perjuicio de ello, Uruguay ha suscrito y ratificado innumerables instrumentos internacionales vinculados al tratamiento de los combatientes en tiempo de guerra, a saber: las Convenciones suscritas en la Conferencia de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ratificadas por ley n° 13.683 de 12 de septiembre de 1968,<sup>16</sup> formuladas a través de cuatro convenios:<sup>17</sup> el Convenio I para Aliviar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; el Convenio II para Aliviar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; el Convenio III sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra, y el Convenio IV sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra —con expresa reserva de los artículos 87, 100 y 101 de la mencionada en tercer término y del artículo 68 de la mencionada en último término en cuanto suponen aplicación y ejecución de la pena de muerte—;<sup>18</sup> la

---

religión u origen nacional o étnico, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión.

”Artículo 149 *ter* (Comisión de actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas). El que cometiere actos de violencia moral o física, de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, u origen nacional o étnico, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión”.

<sup>16</sup> Publicada en el *Diario Oficial*, n° 17.970, 10/12/1968.

<sup>17</sup> Se entiende por “los Convenios” los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra.

<sup>18</sup> La ley n° 15.764 de 20 de agosto de 1985 aprobó la adhesión de la República a los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Derecho Internacional Humanitarios (Ginebra 1949), relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, respectivamente.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 (no ratificada por Uruguay); y la Convención relativa a la Protección de Civiles en Tiempo de Guerra, suscrita en la Conferencia Diplomática de Ginebra el 12 de agosto de 1949, ratificada por Uruguay por ley n° 13.683 de 17 de septiembre de 1968.

Por su parte, el Código Penal nacional (sancionado por la ley n° 9.155 de 4 de diciembre de 1933, que entró en vigencia el 29 de junio de 1934 según la ley n° 9.414) no contiene en sus disposiciones ninguna figura delictiva específica sobre crímenes de guerra con las características de los enunciados en el artículo 8 del Estatuto; a lo sumo se limita a determinar en el libro II, título I (“Delitos contra la patria”), la responsabilidad del ciudadano que “tomare las armas o prestare servicios de carácter militar o político a un Estado extranjero en guerra con el Uruguay” (artículo 132.2), al “que mantuviera inteligencia con un gobierno extranjero con el fin de lanzarlo a la guerra” (artículo 132.4), a quien “en connivencia con un gobierno extranjero [...] destruyere pertrechos de guerra destinados a la defensa del Estado” (artículo 132.5), el que “sin autorización del Gobierno, levantara tropas contra un gobierno extranjero o ejercitare otros actos susceptibles [...] de exponer a la República al peligro de una guerra” (artículo 133.1), quien “suministrare provisiones” (artículo 133.3) o quien “en tiempo de guerra [...] comerciara con el Estado enemigo” (artículo 133.4).

En todo caso, la materia queda reservada a la Justicia Penal Militar, cuyo Código Penal, el de Organización de los Tribunales y de Procedimiento Penal Militar (CPM), contiene determinados delitos que coinciden con los referidos en el ECPI pero no son idénticos, con guarismos punitivos que oscilan entre seis meses de prisión y tres años de penitenciaría. Ellos son:

- Artículo 58.8° del CPM: “Violación de las prerrogativas del prisionero de guerra, que atañan a su bienestar material (derecho a la integridad física, el alojamiento y la alimentación salubres), o que protegen su personalidad moral (la facultad de no combatir contra su bandera y el respeto de su dignidad)”. La disposición es mucho más genérica que el injusto del artículo 8.2, iii, del Estatuto, que prohíbe “infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atacar gravemente contra la integridad física o la salud”.
- Artículo 58.10 del CPM: “Por el despojo de los muertos o heridos en un combate” delito en parte coincidente con el espíritu del artículo 8 *b*, xxi, del Estatuto, “Cometer ultraje contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes”.
- Artículo 58.12 del CPM: “Por el ataque injustificado a hospitales, asilos, escuelas, cárceles, templos, conventos, museos, bibliotecas, archivos, monumentos, y en general, cualquier establecimiento o construcción, que tenga por objeto la cultura, el arte, el culto o la beneficencia”, delito coincidente con la estructura tipo del artículo 8.2 *b*, ix, del Estatuto, que castiga “los

ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares”.

- Artículo 58.22 del CPM: “Por la invocación de grado o empleo que no se tuviera, o por el uso indebido de uniforme, distintivo, insignias o condecoraciones”, que coincide con algunos aspectos del tipo del artículo 8.2 *b*, vii, del Estatuto: “Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves”.

Estas infracciones constituyen delitos *militares* por disposición del CPM: “Constituyen delito militar los actos que este Código, las leyes militares, los bandos militares en tiempo de guerra y los Reglamentos del Ejército y la Marina<sup>19</sup> sancionan con una pena”; pero a su vez, también pueden ser delitos comunes si la misma descripción típica está contenida en las disposiciones del CP y está prevista la comisión por un sujeto activo simple (“el que”) no calificado.<sup>20</sup>

En este último caso, “las personas extrañas al Ejército y a la Marina serán juzgadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 64<sup>21</sup> del Código Penal Ordinario” (artículo 3º del CPM).

Dichos ilícitos no necesariamente deberán perseguirse en el marco de un conflicto armado internacional, sino también en supuestos de guerra interna o conmoción interior.

Conforme al artículo 253 de la Constitución, “La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometieran, estarán sometidos a la Justicia Ordinaria”.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> La referencia al Ejército y a la Marina debe comprender también a la Fuerza Aérea Militar instituida por el artículo 1º de la ley nº 12.070 de 4 de diciembre de 1953.

<sup>20</sup> Como ha expresado Antonio Camaño Rosa, “El delito militar, dentro de nuestro sistema constitucional, sólo puede ser cometido por militares y, por consiguiente, sólo puede estar contemplado en el Código Penal Militar. Pero si, además de este Código, lo reprime el Código Penal Ordinario, el delito es común, puesto que tanto puede cometerlo un civil como un militar”. Antonio Camaño Rosa, *Estudios penales y procesales*, vol. I, ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1970, pp. 185-186.

<sup>21</sup> Artículo 64 CP (Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito). “Cuando para la existencia de un delito se requieren condiciones de orden personal, todos los que presten su concurso serán responsables del mismo, según la participación que hayan tenido en él, pero la ausencia de tales condiciones, se tendrá en cuenta por el Juez para rebajar o aumentar la pena de aquellos en quienes no concurren”.

<sup>22</sup> La norma constitucional es muy clara: determina que la jurisdicción penal militar es una jurisdicción especial; solo tiene competencia, en tiempo de paz, respecto de los delitos militares.

El CPM define en el artículo 63 el concepto de *tiempo o estado de guerra* como “el período o la situación que se caracteriza por la lucha, aun en los intervalos de suspensión de hostilidades por tregua o armisticio, medie o no declaración de guerra, en los conflictos de orden internacional o de orden interno”.

La referencia a los *conflictos de orden interno* trae como consecuencia una situación excepcional, que puede dar lugar a la adopción de las denominadas *medidas prontas de seguridad*, que conllevan la limitación de los derechos individuales (artículo 168.17 y artículo 30 de la Constitución).

Estas medidas fueron aplicadas por última vez a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, antes del régimen militar que gobernó el país durante el período 1973-1985, por haberse considerado que se estaba ante un estado de guerra interna o conmoción interior.<sup>23</sup> Entre otros aspectos de la coyuntura política, ello dio paso a la jurisdicción militar para el juzgamiento de quienes eran considerados “enemigos de la Patria” y que a la postre resultarían prisioneros políticos del régimen castrense.

La ley n° 14.068 incorporó al CPM el capítulo VI *bis* (“Delitos de lesa nación”) al artículo 60 de dicho cuerpo de leyes, y determinó la extensión de la jurisdicción penal militar para estos delitos, algunos de los que estaban tipificados en el CP como “Delitos contra la Patria” (artículos 132-137). Los referidos delitos —otrora comunes, cometidos por civiles y juzgados por la justicia ordinaria— pasaron a ser delitos militares y, en consecuencia, a ser juzgados por la justicia militar (artículo 4° del CPM).

La jurisprudencia de la época sostuvo la inconstitucionalidad de dicho artículo 4°, que sometía a la “jurisdicción militar [...] a las personas extrañas al Ejército y la Marina, que intervinieran como coautores, o como cómplices de un delito militar”, por considerar que violaba el artículo 253 de la Constitución.<sup>24</sup> Pese a ello, el régimen militar ejerció su jurisdicción sobre civiles y cometió reiteradas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos: torturas, homicidios, secuestros de niños y supresiones de estado civil contra los presos políticos y sus hijos.<sup>25</sup>

Posteriormente, y contra el espíritu de las Convenciones de Ginebra que regulan la protección de civiles y el trato a prisioneros de guerra, Uruguay aprobó una encu-

---

<sup>23</sup> El proceso cronológico que conduce a la promulgación de la polémica Ley n° 14.068 de Seguridad del Estado y el Orden Interno, de 10 de julio de 1972, indica la adopción por el Poder Ejecutivo de la época del decreto del 13 de junio de 1968, que impone medidas prontas de seguridad (artículo 168 numeral 17 de la Constitución) debido a lo que se consideró “casos de... conmoción interior” que atravesaba la República. Varios años después, el 14 de abril de 1972, el Poder Ejecutivo elevó un mensaje a la Asamblea General por el que solicitaba la declaración de “estado de guerra interno” y la “suspensión de las garantías individuales” (artículo 31 de la Constitución).

<sup>24</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 15/2/1971, en *La Justicia Uruguaya*, n° 7.447.

<sup>25</sup> Recientemente (abril de 2003) se reconocieron en forma oficial los delitos cometidos por el gobierno militar, a través del informe que brindó la denominada Comisión para la Paz, órgano *sui generis* creado por el gobierno del Dr. Jorge Batlle Ibáñez.

bierta ley de amnistía —nº 15.848 de 22 de diciembre de 1986— en la que se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados hasta el 1º de marzo de 1985, por móviles políticos, o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y/o en ocasión de acciones ordenadas por los mandos. Dicha ley fue ratificada por plebiscito, y posteriormente por la Suprema Corte de Justicia, que se pronunció negativamente sobre un pedido de declaración de inconstitucionalidad.

Los aspectos referidos sobre las leyes que permiten la impunidad de las agresiones más graves contra los derechos humanos de las personas parecen estar en franca contradicción con los compromisos internacionales firmados por el Estado —convenciones sobre la Imprescriptibilidad de los Delitos Permanentes, sobre la Desaparición Forzada de Personas (ley nº 16.724) y contra la Tortura (ley nº 15.798)—, especialmente cuando se postula que determinados crímenes no queden sin castigo, debido a su imprescriptibilidad y por no ser considerados delitos políticos.

En suma, los crímenes de guerra solo tienen previsión expresa en el CPM, con las salvedades referidas. En consecuencia, el ordenamiento penal ordinario carece de tipos específicos que regulen la materia.

#### ***IV. Crimen de agresión***

Uruguay no contempla en su ordenamiento jurídico ninguna sanción específica con relación al crimen de agresión.

#### ***V. Otros tipos criminales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional***

No los hay.

### **C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional**

#### ***I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional***

##### ***1. Principio de territorialidad***

El principio territorial aparece como punto de conexión básico para decidir acerca de la ley penal aplicable y sobre la competencia estatal para el enjuiciamiento de un posible infractor de un deber penal.<sup>26</sup>

Se encuentra regulado en el artículo 9 del CP, que condiciona la aplicación de la ley uruguaya a los delitos cometidos en el territorio de la República, sean los autores

---

<sup>26</sup> Julio B. J. Maier, “Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal”, en *Estudios en homenaje al profesor Enrique Vescovi*, FCU, Montevideo, 2000, p. 44.

nacionales o extranjeros, y sin perjuicio de las excepciones establecidas por el derecho público interno o por el derecho internacional.<sup>27</sup>

La ley penal se aplica con prescindencia de la nacionalidad del sujeto activo y de la del titular del bien jurídico lesionado, y las excepciones aludidas en el texto tienen relación con los privilegios e inmunidades que recaen en la persona del presidente de la República, los parlamentarios y representantes extranjeros.

El concepto de *territorio* responde a una concepción tridimensional: terrestre, marítimo y aéreo, y no es exclusivamente un concepto natural o físico, sino jurídico o normativo.<sup>28</sup> Los tratados internacionales son los que determinan las fronteras del Estado uruguayo.<sup>29</sup>

Los buques y aeronaves públicos son territorio uruguayo, cualquiera sea la jurisdicción en que se encuentren. Los buques y aeronaves privados o mercantes se rigen por la ley del pabellón solamente cuando se encuentren en alta mar, es decir, sobre territorio marítimo que no pertenezca a la jurisdicción de ningún otro Estado. *A contrario sensu*, si el delito se comete en una jurisdicción determinada, se juzgará con sujeción a las leyes de esta.<sup>30</sup>

Las disposiciones del CP se armonizan con el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1889 —ratificado por Uruguay—<sup>31</sup> al establecer que “los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetran” (artículo I), y también con el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940, que reitera el texto precedente, ratificando el principio de territorialidad,<sup>32</sup> pero con mayor vigor que el anterior por cuanto se refiere tanto a la ley como a la jurisdicción.

---

<sup>27</sup> Artículo 9. “Los delitos cometidos en el territorio de la República, serán castigados con arreglo a la ley uruguaya, fueren los autores nacionales o extranjeros, sin perjuicio de las excepciones establecidas por el derecho público interno o por el Derecho Internacional. En el caso de condena en el extranjero de un delito cometido en el territorio nacional, la pena cumplida en todo o en parte, se tendrá en cuenta para la aplicación de la nueva”.

<sup>28</sup> Miguel Langón, *Curso de derecho penal y procesal penal*, Del Foro, Montevideo, 2001, p. 176.

<sup>29</sup> Los límites del territorio son naturales y terrestres: en el litoral oeste, el río Uruguay, y el límite exterior en el Río de la Plata. Al noreste, con la República Federativa del Brasil. Conforme a la ley de pesca n° 13.833 de 29/12/1969, Uruguay ha adherido a la extensión del mar territorial hasta las doscientas millas.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, rige una disposición especial en la materia, la establecida en el artículo 4°, numeral 2°, del Código Aeronáutico (decreto ley n° 14.305 de 29 de noviembre de 1974), que regula la jurisdicción a bordo de aeronaves privadas que estén sobrevolando territorio o aguas jurisdiccionales de un Estado extranjero. También se juzga de acuerdo con la ley del pabellón —en el caso la ley uruguaya—, salvo que se hubiera lesionado a personas o bienes que se encuentran en el territorio o se afectara la seguridad, el interés legítimo o el orden público del territorio sobrevolado.

<sup>31</sup> El Tratado de Derecho Penal Internacional fue celebrado en Montevideo el 23 de enero de 1889 y aprobado por la ley n° 2.207 de 3 de octubre de 1892. Fue ratificado también por Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú.

<sup>32</sup> El Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940 fue firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940, por Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, Perú y Paraguay.

## 2. *Principio de defensa*

Rige como excepción al principio de territorialidad.<sup>33</sup> Está previsto en el artículo 10 del CP, números 1º, 2º, 3º y 4º. Refiere a la seguridad del Estado, a sus intereses fundamentales y a la afectación de ciertos bienes, como la falsificación de sus sellos, la moneda de curso legal y los delitos cometidos por funcionarios al servicio de la República.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Artículo 10 (La ley penal. El principio de la defensa y el de la personalidad)

“Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya, los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones:

”1. Los delitos cometidos contra la seguridad del Estado.

”2. Los delitos de falsificación del sello del Estado, o uso de sello falsificado del Estado.

”3. Los delitos de falsificación de moneda de curso legal en el territorio del Estado, o de títulos nacionales de crédito público.

”4. Los delitos cometidos por funcionarios al servicio de la República, con abuso de sus funciones o mediante violación de los deberes inherentes al cargo.

”5. Los delitos cometidos por un uruguayo, castigados tanto por la ley extranjera como por la nacional, cuando su autor fuere habido en el territorio de la República y no fuese requerido por las autoridades del país donde cometió el delito, aplicándose en ese caso la ley más benigna.

”6. Los delitos cometidos por un extranjero en perjuicio de un uruguayo, o en perjuicio del país, con sujeción a lo establecido en el inciso precedente, y siempre que concurren las circunstancias en él articuladas.

”7. Todos los demás delitos sometidos a la ley uruguaya en virtud de disposiciones especiales de orden interno, o de convenios internacionales.

<sup>34</sup> El *principio de defensa* implica la aplicación de la ley uruguaya a delitos cometidos en el extranjero cuando estos delitos, de una forma u otra, afecten de manera especial los intereses fundamentales o el orden público nacional. Se aplica extraterritorialmente la ley uruguaya para todos los delitos cometidos contra la seguridad del Estado (artículo 10, numeral 1, del CP). Estos delitos se encuentran tipificados en los títulos I y II del libro II del Código Penal, que se refieren a los delitos contra la soberanía del Estado, contra los Estados extranjeros, sus jefes o representantes, y los delitos contra el orden político interno del Estado (artículos 132 a 146 del CP).

El *principio de defensa o tutela* regula también los delitos de “falsificación del sello del Estado, o uso de sello falsificado” (artículo 10, numeral 2, del CP); los delitos de “falsificación de moneda de curso legal en el territorio del Estado, o de títulos nacionales de crédito público” (artículo 10, numeral 3, del CP), y los “delitos cometidos por funcionarios al servicio de la República, con abuso de sus funciones o mediante violación de los deberes inherentes al cargo” (artículo 10, numeral 4, del CP), que están previstos respectivamente en los artículos 227, 231 y 246 del CP. Se aplica la ley del Estado o de los ciudadanos cuyos derechos se lesionan por el delito, con prescindencia de la nacionalidad del agente.

El *principio de personalidad o nacionalidad* es también una excepción al principio de territorialidad uruguaya, y refiere a la aplicación del ordenamiento jurídico interno a los delitos cometidos por nacionales en el extranjero, pero mediando las siguientes condiciones: a) que se trate de un caso de doble incriminación, es decir, que la conducta realizada por el uruguayo sea delito tanto para la ley extranjera como para la nacional; y b) que el autor fuera habido en el territorio de la República y que no fuera requerido por las autoridades del país de comisión a través del instituto de la extradición.

La nacionalidad del sujeto activo determina la ley a aplicarse sea cual fuera el lugar en que se cometa el delito, en el país o fuera de él.

### 3. *Principio de personalidad*

Constituye otra excepción al principio territorial (artículo 10 del CP, números 5° y 6°). Se aplica cuando el delito fue cometido *por* un nacional en el extranjero (personalidad activa), o *contra* un nacional (personalidad pasiva). Requiere el presupuesto de la doble incriminación, que fuera habido en el territorio de la República y no medie solicitud de extradición.<sup>35</sup>

### 4. *Principio de universalidad*

A pesar de que el codificador patrio, doctor Irureta Goyena, sostiene en sus notas explicativas que el Código Penal prescinde del principio de la jurisdicción universal, la doctrina es pacífica en sostener que este sí se consagra, y resulta acogido en el numeral 7 del artículo 10 del CP, en cuanto afirma la vigencia de la ley uruguaya para todos los delitos sometidos a ella “en virtud de disposiciones especiales de orden interno o de convenios internacionales”.<sup>36</sup> La fundamentación teórica reposa en la extrema gravedad de determinadas conductas que ofenden la conciencia humana por lesionar intereses superiores a los particulares y singulares de cada Estado. En su mérito la acción penal puede ser promovida por cualquier Estado, sea cual fueran el lugar de comisión del delito, la nacionalidad del autor o la naturaleza del bien jurídico atacado.<sup>37</sup>

El principio universal se traduce, en puridad, en la colaboración internacional en la lucha contra la delincuencia, especialmente para cierta clase de delitos, cometidos fuera del territorio de todo Estado pero con repercusión en varios (delitos *juris gentium*) —como la piratería, la falsificación de monedas y la ruptura de cables submarinos—, y otros en los que las acciones que conforman el delito se desarrollan en el territorio de varios Estados, constituyendo una gran empresa delictiva —como la trata de blancas y de esclavos y el comercio de estupefacientes.<sup>38</sup>

A su vez, el principio universal encuentra respaldo normativo en el artículo 13 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 23 de enero de 1889, el cual determina que los delitos de piratería quedan sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes. Asimismo, el Tratado de Derecho Penal de Montevideo, de 19 de marzo de 1940, establece en su artículo 14 que la piratería, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la destrucción o el deterioro de cables

---

<sup>35</sup> Artículo 10, numeral 5°: “Los delitos cometidos por un uruguayo, castigados tanto por la ley extranjera como por la nacional, cuando su autor fuera habido en el territorio de la República, y no fuera requerido por las autoridades del país donde cometió el delito, aplicándose en ese caso la ley más benigna”.

<sup>36</sup> Fernando Bayardo Bengoa: *Derecho penal uruguayo*, t. I, 4ª ed., Universidad de la República, Montevideo, 1978, p. 105. Milton Cairoli Martínez, *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmáticas penales. La ley y el delito*, FCU, Montevideo, 2000, p. 86. Langón, o. cit., p. 180.

<sup>37</sup> Reza el artículo 10, numeral 7, del CP: “Todos los demás delitos sometidos a la ley uruguaya en virtud de disposiciones especiales de orden interno, o de convenios internacionales”.

<sup>38</sup> Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1967, p. 185.

submarinos quedarán sujetos a la jurisdicción y la ley en cuyo poder caigan los delinquentes, cualquiera sea el lugar donde se hayan cometido los delitos.<sup>39</sup>

En el mismo sentido, el *tráfico de esclavos* fue declarado delito de piratería por ley n° 343 de 23 de julio de 1853 y es acogido por el tipo penal de derecho común previsto en el artículo 280 del CP: “El que redujere a la esclavitud o a otra condición análoga a una persona, el que adquiriera o transfiera esclavos y el que trafique con ellos, será castigado con dos a seis años de penitenciaría”.

### 5. *Estupefacientes*

La ley n° 17.016 de 22 de octubre de 1998 regula el régimen de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Castiga la conducta del que organice o financie actividades previstas como delito en la ley antidrogas, o contra el tráfico ilícito de estupefacientes, “aun cuando estas actividades delictivas no se cumplieran en el territorio nacional”, y establece un guarismo punitivo de hasta dieciocho años de penitenciaría.<sup>40</sup>

En buen romance, la doctrina mayoritaria nacional ha sido unánime en considerar la aplicación del principio de universalidad y aplicar la ley uruguaya a delitos cometidos en el extranjero cuando vulneran bienes jurídicos compartidos por la comunidad internacional.

La jurisdicción castrense también reivindica el principio de territorialidad para la persecución de los delitos militares, y se extiende al territorio de otro Estado, cuando haya sido ocupado por este (artículo 8 del CPM).

Con relación a las especialidades de crímenes internacionales, la Ley Anticorrupción —n° 17.060 de 23 de diciembre de 1998—<sup>41</sup> sancionó como delito internacional la figura del cohecho y del soborno internacional.<sup>42</sup>

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

La persecución penal de cualesquiera de los delitos establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que tengan o puedan tener una regulación coincidente en la legislación nacional es de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, que a través del Ministerio Público y Fiscal lleva adelante la solicitud de enjuiciamiento y el pedido

<sup>39</sup> Langón, o. cit., p. 181.

<sup>40</sup> “Artículo 32. El que organice o financiare alguna de las actividades delictivas descritas en la presente ley, aun cuando éstas no se cumplieran en el territorio nacional, será castigado con pena de veinte meses de prisión a dieciocho años de penitenciaría”.

<sup>41</sup> Publicada en el *Diario Oficial*, n° 25.189, 8/1/1999.

<sup>42</sup> “Artículo 29. El que para celebrar o facilitar un negocio de comercio exterior uruguayo ofrece u otorga en el país o en el extranjero, siempre que concurren las circunstancias previstas en el numeral 5° del artículo 10 del Código Penal, a un funcionario público de otro Estado, dinero y otro provecho económico por sí mismo o para otro, para sí mismo o para otro, será castigado con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

de pena de los eventuales responsables. Este cometido del Ministerio Público es preceptivo (obligatorio) y se rige por el principio de legalidad.

Así lo prescribe el artículo 10 del Código de Proceso Penal (CPP): “La acción penal es pública, su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario en los casos determinados por la ley”. Dicha disposición es complementaria del artículo 68 del CPP, por cuanto “al Ministerio Público le corresponde promover las acciones fundadas en los delitos y faltas”.

Similar criterio rige para la persecución de los delitos militares tipificados en el CPM, de donde surge que el órgano competente encargado de “promover las acciones penales que nazcan de los delitos militares que se cometan en el territorio de la República” es el Ministerio Público en materia Militar.<sup>43</sup>

En la esfera civil, solo por excepción se podrá no perseguir criminalmente, y ello cuando sean aplicables los principios de oportunidad o trascendencia. El principio de oportunidad no está consagrado a texto expreso en el ordenamiento jurídico interno, pero responde a un criterio de discrecionalidad que habilita al Ministerio Público a no iniciar o no proseguir la causa. Tiene que ver con la naturaleza del bien jurídico lesionado (por ejemplo, un delito culposo) donde a veces la aflicción del injusto resulta suficiente por la propia naturaleza y consecuencia del hecho. El principio de trascendencia responde a un aspecto de orden procesal cuando el delito afecta bienes jurídicos de muy poca importancia o trascendencia, ya sea por el costo económico o por las consecuencias negativas del proceso o la condena.

En conclusión, el principio es la obligatoriedad de la persecución penal. Las excepciones (principio de oportunidad o trascendencia) no son aplicables a los crímenes internacionales por su extraordinaria gravedad.

#### **D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena**

En la persecución penal de crímenes internacionales rige el principio de legalidad, conforme a la aplicación del viejo apotegma latino *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, vigente a través del artículo 10 de la Constitución nacional y del artículo 1° del Código Penal. A través de diversos textos normativos Uruguay ha tratado de sistematizar en su ordenamiento jurídico los crímenes que lesionan los valores fundamentales de la comunidad internacional —típicos crímenes de derecho internacional— posibilitando su perseguibilidad a través de la descripción de los respectivos tipos penales o similares que tiene legislados.

---

<sup>43</sup> Integrado por cinco fiscales militares nombrados por el Poder Ejecutivo, con grado mínimo de teniente coronel o coronel (artículo 89 del CPM).

### ***I. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma***

Si se comparan los crímenes del Estatuto de Roma con los delitos tipificados en nuestra legislación interna, va de suyo que la única referencia normativa más o menos coincidente tiene relación con los *crímenes de guerra*. Dichos crímenes están tipificados en el CPM y, según su artículo 7, se complementan con las disposiciones del Código Penal ordinario.<sup>44</sup>

1. Conforme a lo expresado, los delitos militares reposan, *prima facie*, en los mismos fundamentos que tienen los delitos comunes referidos en el CP. Por lo general los delitos previstos en la legislación nacional reclaman la exigencia de la comisión dolosa de la conducta, sin perjuicio de las excepciones previstas en cuanto al régimen del dolo y la culpa en los delitos de peligro (artículo 20 del CP).<sup>45</sup> De allí que los crímenes de guerra enunciados en el artículo 58 del CPM, apartados 8, 10, 12 y 22, requieren para su comisión haber actuado con dolo.<sup>46</sup>

Con relación a la posibilidad del *dolo eventual*, este se reconoce a través de la fórmula prevista en el artículo 18 *in fine* del CP, cuando el resultado no se quiso pero se previó. La previsión que refiere la normativa legal implica *per se* un asentimiento del eventual resultado, por ello se *quiere* indirectamente. El juicio de previsibilidad se reclama en la persona del sujeto activo y no en la del juzgador. No basta que el hecho fuera previsible (como posible o probable); se exige efectivamente la previsión efectiva del resultado.

---

<sup>44</sup> Artículo 7 del CPM: “Las disposiciones del Libro I del Código Penal Ordinario se consideran complementarias del presente Código, en todo aquello que no hubiere sido objeto de previsiones especiales en el mismo, por modificación, supresión o creación. Las disposiciones del Libro II, siguen la misma regla, y se aplican según lo dispuesto en el Capítulo VI, Título II del Libro I de este cuerpo de leyes (Artículo 59° y 60°)”.

<sup>45</sup> Artículo 20 del CP: “Cuando la ley manda o prohíbe ciertos actos en defensa de un determinado bien jurídico, el dolo o la culpa se aprecian con relación a los actos mandados o prohibidos y no con relación al bien jurídico que se pretende salvaguardar”.

<sup>46</sup> La doctrina distingue dos formas: el dolo directo y el dolo eventual. El legislador uruguayo no ha definido el dolo, no obstante el codificador (Irureta Goyena) identifica el delito doloso con el delito intencional que existe “cuando el resultado se ajusta a la intención” (artículo 18 del CPU). De allí se desprende el reconocimiento del dolo directo, como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito determinado. En tan sentido, se utilizan en la normativa uruguaya como sinónimos las expresiones de delito doloso, intencional o voluntario, que se contraponen a la culpa (artículos 19, 20 y 21 del CP). Para que una conducta pueda considerarse intencional (dolosa), el sujeto además de representarse el resultado debe quererlo. En un nivel puramente doctrinario existe también el denominado *dolo necesario* o de segundo grado, cuando el sujeto activo se propone un resultado ajustado a su intención, pero para lograr el cual provoca *necesariamente* una lesión jurídica a bienes protegidos de otras personas.

Va de suyo que el criterio de *conocimiento* de lo que se está haciendo debe ser general; el autor no necesita llegar a una interpretación normativamente correcta —por ejemplo, en el delito de desaparición forzada del proyecto de Delitos de Lesa Humanidad no es necesario que se conozca el contenido preciso del tipo delictivo; es suficiente un conocimiento genérico de lo prohibido.

Similar alcance y contenido puede apreciarse en el artículo 30 del ECPI, en el que para determinar la responsabilidad penal de una persona se reclama que esta haya actuado con “intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”.

2. Es de señalar que los hechos culpables siguen el sistema del *numerus clausus*, es decir, solo son punibles en los casos determinados en la ley (artículo 19 del CP), disposición que reitera el CPM. “Las penas de la culpa sólo son aplicables a las modalidades que admiten la forma culpable” (libro I, capítulo II, Preámbulo, artículo 13). Asimismo, existe un régimen especial del hecho imprudente cuando se trata de la culpa en los delitos de peligro (artículo 20 del CP), en los que la culpa se apreciará con relación a los actos mandados o prohibidos y no con relación al bien jurídico que se pretenda salvaguardar. Así y todo, se asiste a un régimen de excepcionalidad de los delitos culposos con relación a la reincidencia (artículo 49 del CP), a la confiscación (artículo 105 del CP), la prescripción (artículo 121 del CP) y con relación al procesamiento sin prisión (artículos 71-74 del CPP).

3. Al igual que el precepto del artículo 32 del ECPI, el CP uruguayo refiere al error de hecho y de derecho, excluyendo la concepción moderna de error de tipo y de prohibición. Conforme al artículo 22 del *corpus iure*, “El error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito, exime de pena, salvo que tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa”.

La doctrina uruguaya, que tímidamente acepta incorporar las nuevas categorías dogmáticas de la teoría del error, se perfila a concluir que el error de hecho excluye el dolo.<sup>47</sup> La misma posición es sostenida por Cairoli,<sup>48</sup> Petitto<sup>49</sup> y el propio codificador patrio, quien en sus comentarios al Código Penal sostuvo que “El error anula el dolo, pero deja subsistente la culpa”.<sup>50</sup> El dolo se excluye porque, al existir un conocimiento falso o un juicio equivocado acerca de un objeto (o elemento constitutivo del delito), no están presentes la conciencia ni la voluntad para la realización del tipo objetivo, como presupuesto necesario de la culpabilidad penal (artículo 18 del CP). En tal sentido, la regla del error de hecho es coincidente con el contenido del artículo 32 del ECPI, en tanto desaparezca “el elemento intencionalidad requerido por el crimen”.

---

<sup>47</sup> Langón, o. cit.

<sup>48</sup> Cairoli, o. cit., p. 201.

<sup>49</sup> *Revista de Ciencias Penales*, n° 4, Carlos Álvarez Editor, Montevideo.

<sup>50</sup> Irureta Goyena, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi*, 5ª ed., FCU, Montevideo, 1999, p. 193.

El error de derecho está consagrado orgánicamente en el artículo 24 del CP y en el artículo 14 del CPM. La regla que impera en ambas legislaciones es la presunción del conocimiento del derecho. La ignorancia de la ley no sirve de excusa; el error tampoco. El artículo 24 del Código Penal reza “El error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario”.

Conforme a la norma citada, la esencia de la imputación se funda en el conocimiento de lo prohibido; *a contrario sensu*, no es posible la motivación del individuo para respetar la norma. No se reclama un conocimiento técnico sobre el derecho, sino un conocimiento genérico sobre lo prohibido y permitido. La doctrina nacional que asemeja el error de derecho al error de prohibición sostiene que, cuando el sujeto sabe lo que hace pero no sabe que lo que hace está prohibido o cree erróneamente que está permitido, incurre en lo que modernamente se llama *error de prohibición*;<sup>51</sup> no obstante, la ley no reconoce dicha terminología y prevalece el error *iuris nocet*.

El legislador ha establecido dos excepciones: no aplicar el principio cuando se trata de *faltas* y cuando el error emane del desconocimiento de una *ley no penal*. De allí que el error de derecho en materia contravencional sería la única hipótesis de error de prohibición que acoge el CP como eximente de culpabilidad. Por su parte, las eximentes o causas de justificación putativas, en las que el error recaiga sobre las causas de justificación, pueden constituir un error de hecho y se rigen por lo establecido en el artículo 22 del CP (error de hecho). En suma, la relevancia que se le concede al error de derecho es la inexcusabilidad del desconocimiento de la ley (artículo 2º del Código Civil): “La ignorancia de la ley no sirve de excusa”.

La justicia penal militar considera “excusa válida” el error de derecho “tratándose de reclutas, siempre que no haya vencido a su respecto, el período de instrucción,<sup>52</sup> cuyo termino se fijará en los reglamentos”.<sup>53</sup> Se exceptúan de la regla los delitos previstos en el artículo 59 del CPM. La excepción al error de derecho consagrada *in fine* del artículo precedente tiene su explicación en que los delitos previstos en el artículo 59 son delitos de derecho común que revisten carácter de delitos militares por haber sido cometidos por militares en servicio o con motivo o por razón de servicio. Respecto de ellos rige el principio general de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

---

<sup>51</sup> Langón, o. cit., p. 327.

<sup>52</sup> Esto es, cuando el militar no ha cumplido el período de adaptación a la vida militar y por consiguiente no tiene plena conciencia y responsabilidad de los deberes especiales que impone el estado militar.

<sup>53</sup> La duración de los períodos de instrucción fue fijada por el decreto n° 5.697 de 10/1/1946, inserto en el *Boletín Mensual del Ministerio de Defensa Nacional (BMDN)* n° 1907 del 14/1/1946, que en su parte dispositiva establece: “[...] A los solos efectos del artículo 14 del CPM el período de instrucción de los reclutas que ingresen por primera vez, vence a los treinta días para el conocimiento de la configuración de las faltas y a los sesenta días para los delitos. Ese tiempo se contará desde la fecha de ingreso. En caso de reingreso a distintos organismos (de Ejército a Marina [y Fuerza Aérea] o viceversa), el período será de quince días tanto para las faltas como para los delitos”.

El artículo 32 del ECPI exculpa al agente, y por consiguiente considera eximiente el error de derecho, si hace “desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del [...] Estatuto”. La amplitud de la disposición amerita considerar las normas de derecho aplicadas por la Corte (artículo 21 del ECPI).

4. En materia de tentativa, el artículo 7° del CPM se remite a las reglas generales del Código Penal ordinario, de donde surge que “Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación, por causas independientes de su voluntad” (artículo 5).

Adviértase que no se reclama un elemento de *inmediatez* que pueda determinar un límite preciso con relación a la ejecución del delito, de donde se concluye que el hecho de *empezarlo* se asemeja “a los actos que supongan un paso importante” consagrados en el artículo 25.3 *f* del ECPI.

Con relación al “desistimiento” (voluntario), el CP “exime de responsabilidad penal, salvo que los actos ejecutados constituyan por sí mismos un delito” (artículo 5), concepto similar al establecido en el ECPI, que reclama renunciar “íntegra y voluntariamente al propósito delictivo” (25.3 *fin fine*).

En conclusión, ambos institutos (tentativa y desistimiento) se rigen por los principios del CP, y su aplicación a los crímenes de guerra es compatible, debido a la remisión que efectúa a este el CPM.

5. Las formas de autoría que contempla el ordenamiento jurídico nacional están previstas en el artículo 60 del CP, donde se distingue a “los que ejecutan los actos consumativos del delito”, que la doctrina ha denominado *autor inmediato*,<sup>54</sup> y “los que determinan a personas no imputables o no punibles a cometer el delito” doctrinariamente consideradas como autores mediatos. La construcción dogmática de la autoría mediata reconoce, como causas que la sustentan, la violencia, la coacción y el error, y no están exentas del debate y cuestionamiento doctrinario.<sup>55</sup> Ambas formas de autoría se castigan con una misma pena, impuesta a cada uno de los delitos cometidos o tentados. Cualquiera de las hipótesis puede tener aplicación en los crímenes de guerra, así como también en el delito de encubrimiento (artículo 197 del CP) y en hipótesis de complicidad (artículo 62 del CP).

El ordenamiento jurídico uruguayo regula los institutos de la coparticipación criminal (artículo 61 del CP) y adjudica responsabilidad a quienes determinan a otros a cometer un delito, a quienes los encubren —teniendo la obligación de impedirlo—, a quienes cooperen directamente en el período de la consumación o cooperen en la faz preparatoria

<sup>54</sup> Fernando Bayardo Bengoa, *Derecho penal uruguayo*, t. III, 3ª ed., FCU, Montevideo, 1976. Milton Cairolí Martínez, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, t. II, 1ª ed., FCU, Montevideo, 1988, p. 101.

<sup>55</sup> Sobre el particular puede consultarse Edgardo Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

o ejecutiva con actos indispensables. De igual forma, establece que “son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como autores, fuere como cómplices” (artículo 59 del CP).

Surge, en consecuencia, que el grado de participación criminal determina el monto de la pena. Si bien la que corresponde a los coautores “es la misma de los autores” (artículo 88 del CP), la jurisprudencia ha considerado su situación con mayor benignidad.<sup>56</sup>

Los cómplices (que realizan actos de participación secundaria) son castigados con una pena derivada, menor que la que correspondería si fueran autores, que está fijada en la tercera parte de esta; sin embargo, el juez puede elevarla hasta la unidad, cuando en su concepto el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, acusa una visible mayor peligrosidad (artículo 89 del CP).<sup>57</sup>

Este criterio de determinación de la pena puede sufrir una modificación, y en tal caso es inaplicable una pena menor cuando la ley, tratándose de ciertos delitos, castiga la tentativa y la complicidad expresamente (artículo 90 del CP). Así ocurre en el delito de aborto efectuado por un tercero con el consentimiento de la mujer (artículo 325 *bis* del CP), en el que los actos de participación principal o secundaria se castigan con una pena ya predeterminada para este delito,<sup>58</sup> o en delito de riña (artículo 323 del CP), en el cual se regula una forma especial de participación, con guarismos punitivos ya preestablecidos por el solo de hecho de participar.<sup>59</sup>

La referencia de la ley en lo concerniente al “concurso intencional” en la coparticipación cuando se ejecuta un delito excluye *per se* toda posibilidad de acriminar a título culposo al partícipe del ilícito (artículo 59 del CP). La culpa requiere un “hecho en sí mismo jurídicamente indiferente” —un arranque lícito— que logre producción del evento por una conducta imprudente o negligente, cuya característica principal es la ausencia de dolo (artículo 18 del CP). De allí la normativa expresa del artículo 59 del CP con relación a los delitos culpables, cuando determina que “cada uno responde de su propio hecho”.

Asimismo, pueden penalizarse conductas de participación como circunstancia agravante de la responsabilidad cuando actúan tres o más personas en todos aquellos delitos para cuya configuración no sea indispensable la pluralidad de agentes (artículo 59 del CP).

A su vez, la cooperación de inimputables a la realización de un delito también agrava la responsabilidad de los partícipes y encubridores, elevando el guarismo punitivo de un tercio a la mitad (artículo 59 *in fine* del CP).

---

<sup>56</sup> Miguel Langón Cuñarro, *Curso de derecho penal y procesal penal*, t. III, “Teoría de la pena”, Del Foro, Montevideo, 2001, p. 110.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Seis a veinticuatro meses de prisión.

<sup>59</sup> La pena impuesta es de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

Finalmente, el numeral *d* del artículo 25.3 del ECPI refiere a un “grupo de personas que tengan una finalidad común” para la comisión o tentativa de un crimen. El correlativo en la legislación nacional se identifica con el delito de “asociación para delinquir” (artículo 150 del CP), de cuyo precepto emana el presupuesto de la *societas*, que lo distingue de casos de mera participación, en los que son aplicables las reglas del concurso. Parecería que el giro gramatical del artículo 25.3 *f* al referirse a un “grupo con una finalidad común” conformaría este último grado de comisión, y no la responsabilidad emergente de la conspiración o asociación para delinquir.

En suma, las categorías previstas en el CP respecto del concurso delictual concuerdan en general con las previsiones del artículo 25.3 *a, b y c* del ECPI.

6. El CP distingue dos modalidades de omisión: la propia y la impropia (comisión por omisión). La primera está prevista en el artículo 332 del CP (omisión de asistencia), que tiene su equivalente en el artículo 58.20 del CPM<sup>60</sup> y que castiga a quien omita cumplir con el deber de *hacer* previsto en el tipo, pero nada dice respecto de los crímenes internacionales. Con relación a la omisión impropia (comisión por omisión), la ley penal solo se refiere a la violación del deber de garante en forma genérica, determinado en el artículo 3 del CP: “No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar equivale a producirlo”. De allí el respaldo normativo para considerarla punible, que se hace extensible a la omisión en los delitos de guerra, cuando se verifique el incumplimiento específico de determinadas conductas (normas preceptivas) que el militar tenga la obligación de evitar, especialmente por su cargo y jerarquía, de donde su abstención puede implicar la conformidad del hecho ilícito.

7. La responsabilidad del superior jerárquico está estrechamente vinculada al instituto de la obediencia debida (artículo 29 del CP y artículos 17 y 37 del CPM), que determina la responsabilidad penal del subordinado que comete un delito. Exonerado de culpabilidad el autor material inmediato, o amparado por una causa de justificación, queda subsistente la responsabilidad emergente del jerarca que impartió la orden. En el derecho penal uruguayo no existe una norma específica que establezca la responsabilidad del superior jerárquico, a diferencia de lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma;<sup>61</sup> no obstante, este puede llegar a ser castigado como coautor por instigación, conforme lo establece el artículo 61.1º del CP: “Se consideran

---

<sup>60</sup> Artículo 58, numeral 20, del CPM: “Por omisión de asistencia, cuando fuera posible, al enemigo que se hubiere rendido, en caso de naufragio, incendio, explosión, terremoto y accidentes análogos”.

<sup>61</sup> Artículo 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores). “El Jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento [...]”.

coautores: 1º) Los que fuera del caso comprendido en el inciso 2º del artículo anterior, determinan a otros a cometer el delito [...]”.<sup>62</sup>

8. El cumplimiento de una orden se encuentra legislado en el artículo 29 del CP, bajo el *nomen iuris* de la “Obediencia al superior”. En él se establece: “Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida. La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones: a) Que la orden emane de una autoridad. b) Que dicha autoridad sea competente para darla. c) Que el agente tenga la obligación de cumplirla [...]”.

Por su parte, el artículo 17 del CPM dispone: “Cuando un militar ejecuta un delito, en acto de servicio, por orden superior, se presupone que concurren a su respecto las circunstancias que especifica el artículo 29 del Código Penal Ordinario, salvo la prueba en contrario”.

Como expresa Zaffaroni, en el ámbito del derecho penal militar la situación no varía fundamentalmente, como no sea por la circunstancia de que existe un mayor poder vinculante en la orden, salvo en lo que respecta a actos aberrantes y abiertamente criminales o atroces, en que el poder vinculante no existe, conforme a la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales.<sup>63</sup> Mientras que la desobediencia para cualquier funcionario público se convierte en una falta, para el militar se convierte en un delito.<sup>64</sup>

Verificadas las hipótesis normativas, el agente no será responsable penalmente; no obstante, la doctrina ha puntualizado que la orden impartida no deberá ser cumplida si resulta “manifiestamente ilegítima” con relación a la comisión de un delito.<sup>65</sup> La contrapartida implica la responsabilidad en régimen de concurso, excluyéndose del amparo legal por la ausencia de uno de los requisitos típicos: *la autoridad no es competente para dar la orden* (artículo 29). Esto es lo que ocurre generalmente en los crímenes de guerra, cuando se imparten órdenes extrañas a la función militar que se transforman en antijurídicas, y en consecuencia pasibles de responsabilizar tanto al militar que impartió la orden como a aquel que la obedeció.

9 y 10. Conforme a lo enunciado por el artículo 7 del CPM, existe con relación a los institutos de la legítima defensa y estado de necesidad un reenvío a las normas

<sup>62</sup> Los “comprendidos en el inciso 2º del artículo anterior” son *personas no imputables o no punibles*.

<sup>63</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 561.

<sup>64</sup> Artículo 37 del CPM. “Comete desobediencia el militar o el equiparado o el prisionero de guerra, que menoscabe la disciplina de alguna de las siguientes maneras: 1º) Dejando de cumplir una orden o intimación personal del superior, sin manifestación de su intento de desobedecer. 2º) Dejando de cumplir una orden del servicio, sin intimación personal. 3º) Alterando órdenes del superior, o del servicio o cumpliéndolas con retardo. 4º) Engañando al superior fuera del caso previsto en el inciso 22 del artículo 51”.

<sup>65</sup> Bayardo Bengoa, o. cit., t. II, p. 172.

del Código Penal ordinario (artículos 26 y 27), de donde surge que en ambas jurisdicciones se excluye la antijuridicidad si se cumple con los requisitos establecidos en ellas. En el caso de la *legítima defensa*, que el agente responda a una “agresión ilegítima”, esto es, no fundada en el derecho, que adecue el medio empleado a la “racionalidad” de la situación y que se abstenga de provocar el daño sufrido. En el caso del *estado de necesidad*, que el mal que causa sea igual o menor que el que trata de evitar, que no se haya provocado y que sea inminente e inevitable.

En términos generales, el contenido tipo parece subsumirse en las hipótesis previstas en el artículo 31 *c y d* del ECPI.

11. La edad mínima en Uruguay para castigar penalmente a una persona es de 18 años (artículo 34 del CP). Igual criterio rige en el CPM. La exclusión de responsabilidad se sitúa en el mismo guarismo punitivo que establece el artículo 26 del ECPI. El hecho de ser mayor de 18 años pero menor de 21 se considera una imputabilidad disminuida, y se juzga como una circunstancia atenuante.<sup>66</sup>

12. El Código Penal no establece reglas de determinación de la pena especiales para el castigo de crímenes internacionales. Empero, posee reglas para la aplicación a delitos comunes, sustentadas en el principio *nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio* (artículo 85 del CP), y criterios de individualización punitiva a los que no es ajena la discusión sobre el concepto de *peligrosidad* del culpable (artículo 86 del CP) y la resocialización del individuo (artículo 26 de la Constitución). En cuanto a los fines de la pena, en general se sostiene un criterio preventivo (la prevención general y especial).

13. El régimen de imputación previsto en el ordenamiento jurídico uruguayo es esencialmente de carácter subjetivo, dirigido a la persona (física). Reposa en la culpabilidad (artículo 18 del CP), la imputabilidad (artículo 30 del CP) y la responsabilidad personales. En consecuencia no está prevista ninguna norma que responsabilice penalmente a las personas jurídicas,<sup>67</sup> más allá de alguna posición doctrinaria que considera la revisión del principio *societas delinquere non potest* hacia un régimen de responsabilidad colectiva.<sup>68</sup>

14. El principio de igualdad, reconocido constitucionalmente a través del artículo 8 de la Carta Magna, supone en esencia que toda persona que cometa un delito, dentro de la jurisdicción del Estado, es pasible de ser sometida a la justicia penal ordinaria. No obstante, está previsto un régimen de excepción, regulado tanto por el derecho interno como internacional: las inmunidades procesales.<sup>69</sup> El derecho público

---

<sup>66</sup> Artículo 46 del CP: “Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes [...] La edad cuando el agente fuere mayor de 21 años y mayor de 18” (numeral 5).

<sup>67</sup> Sí están previstas sanciones administrativas: cierre de empresas, multas, suspensión de actividades, expulsión de la lista de clientes del mercado, etcétera.

<sup>68</sup> Cairolí, o. cit., t. 1, pp. 161-163.

<sup>69</sup> Corresponde distinguir las *prerrogativas* procesales, que no implican privilegio de irresponsabilidad, sino la necesidad de transitar por un mecanismo previo (juicio político, por ejemplo) antes de someterse al fuero común (cf. Langón, o. cit., t. I, p. 216).

interno prevé la inmunidad para legisladores, y por extensión para el presidente de la República y sus ministros, por los votos y opiniones que emitan durante el desempeño de sus funciones, actos de los cuales “jamás serán responsables” (artículos 112, 171, 178 y 179 de la Constitución). Por su parte, el derecho internacional público se refiere a los agentes diplomáticos o miembros de delegaciones acreditadas.<sup>70</sup>

El sistema de inmunidades referido puede resultar una cortapisa para la persecución penal de los crímenes del ECPI.

15. El CP y el CPM uruguayos difieren sustancialmente de lo prescrito en el artículo 29 del ECPI.<sup>71</sup> No está previsto en la legislación nacional ningún delito ni pena que sea imprescriptible. El término de la prescripción de los delitos varía según los guarismos punitivos mínimos y máximos establecidos en la ley. Conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código Penal, los delitos prescriben: “1º) Hechos que se castigan con pena de penitenciaría: a) Si el máximo fijado por la ley es mayor de veinte años, hasta los treinta años, a los veinte; b) Si el máximo es mayor de diez, hasta los veinte, a los quince años; y c) Si el máximo es mayor de dos, hasta los diez, a los diez años. 2º) Hechos que se castigan con pena de inhabilitación, absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos, prisión o multa, a los cuatro años”. Los crímenes de guerra prescriben a los cuatro años (artículo 58, numerales 8, 12 y 22 del CPM).<sup>72</sup>

El Uruguay no ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, sin perjuicio de que existe un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento que aconseja su aprobación.<sup>73</sup>

16. La amnistía y la gracia son causa de extinción del delito (artículos 108 y 109 del CP). La amnistía es otorgada por la Asamblea General del Poder Legislativo por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara (artículo 85.14 de la Constitución). Las más importantes y recientes leyes de amnistía dictadas en Uruguay (nº 15.737 de 8 de marzo de 1985 y nº 15.743 de 14 de mayo de 1985) fueron consecuencia de la incipiente democracia de la época y se decretaron para todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con estos, cometidos a partir del 1º de enero de 1962. De la primera se excluyó a los “funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueran autores, coautores, o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes o de la detención de personas luego

---

<sup>70</sup> Sobre las características de los privilegios e inmunidades diplomáticas puede consultarse la ley nº 13.774 del 17/10/1969 (Convención de Viena sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas y Consulares).

<sup>71</sup> Reza el artículo 29 del ECPI: “Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”.

<sup>72</sup> La lesión al bien jurídico tutelado en dichos numerales se castiga con una pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría (artículo 58 *in fine*), de allí que es aplicable el numeral 2 del artículo 117 del CP.

<sup>73</sup> Comisión de Asuntos Internacionales, Carpeta nº 527 de 2000, repartido nº 302, de agosto de 2000.

desaparecidas” (artículo 5°). Pero al año siguiente, el 22 de diciembre de 1986, se aprobó la ley n° 15.848, que derogó implícitamente el artículo citado y en su lugar determinó la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios policiales y militares. A pesar de la incongruencia e incompatibilidad con el compromiso asumido en la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobada en marzo de 1985) y el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por ley n° 13.751 del 11 de julio de 1969), así como de la demanda de inconstitucionalidad presentada ante la Suprema Corte de Justicia, nada ha impedido su plena vigencia y cumplimiento.

La gracia es otorgada por la Suprema Corte de Justicia en el acto de visita de cárceles y causas que efectúa en los establecimientos de detención por lo menos una vez al año (ley n° 15.737 de 8 de marzo de 1985, artículo 20).<sup>74</sup> En materia penal militar, la gracia es otorgada por el presidente de la República (artículo 33.2 del CPM).

En suma, ni la amnistía ni la gracia podrán aplicarse en hipótesis de delitos internacionales, como por ejemplo, el delito de genocidio, en la medida en que el Estado se ha comprometido internacionalmente a perseguirlos.

17. El principio de la irretroactividad absoluta de la ley penal tiene como sustento constitucional el principio de legalidad establecido en el artículo 10 de la Carta Magna.

En su mérito se imponen la seguridad y la certeza jurídica de que solo serán perseguibles las conductas previamente establecidas en la ley, en forma escrita y estricta. Diversas declaraciones y pactos internacionales, muchos de ellos suscritos y ratificados por Uruguay, se refieren a la eficacia de la ley penal y establecen límites temporales para su pretensión punitiva: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional” (artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), “toda persona acusada de delito tiene derecho a ser juzgada de acuerdo con leyes preexistentes” (artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre),<sup>75</sup> etcétera.

La prohibición también está contenida en el Código Penal (artículo 15). No hay ninguna disposición contraria en el CPM, motivo por el cual, las mismas reglas pueden aplicarse a los crímenes internacionales.

Las normas internas son coincidentes con los artículos 11 y 22.1 del ECPI.

18. Resulta obvio que el cometido natural del juez nacional radica en aplicar la ley penal que tiene relevancia en el territorio de la República. No obstante, hay excep-

---

<sup>74</sup> Tiene restricciones respecto de reincidentes y habituales (artículo 109 del CP).

<sup>75</sup> Similares conceptos se expresan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15, numeral 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (artículo 9°), etcétera.

ciones homologadas por el derecho interno y por el internacional, que derivan de la necesidad de contemplar las relaciones internacionales. En lo que concierne a la eficacia de la sentencia extranjera hay que recordar que la homologación de su virtualidad jurídica y la consideración del *quantum* efectivamente sufrido son extremos en los que se plasma una orientación modernamente consagrada en el campo del derecho internacional como manera de no desconocer la soberanía de los demás Estados, para lo que puede y debe aplicarse el principio *non bis in idem*, aun fuera de los límites nacionales.<sup>76</sup>

De allí que el juez uruguayo no está impedido de ejercer la jurisdicción nacional mientras no se haya dictado sobre el reo una sentencia absolutoria, haya cumplido la pena, o esta haya prescrito (artículo 11.3 del CP). Asimismo, para el caso de que se haya dictado condena en el extranjero por un delito cometido en el territorio nacional, la pena cumplida en todo o en parte se tendrá en cuenta para la aplicación de la nueva (artículo 9 *in fine* del CP).

## ***II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

No los hay.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

En Uruguay no existen diferencias procesales entre la persecución de crímenes comunes y crímenes internacionales. En todo caso, sí existen diferencias entre la justicia castrense y la ordinaria. Conforme se establece en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal Militar (CPPM) (capítulo XVIII, “Del procedimiento ante los tribunales extraordinarios”), los crímenes de guerra pertenecen en esencia a la jurisdicción castrense.<sup>77</sup>

La justicia militar se caracteriza por un principio de verticalidad y sumisión a los mandos que la hace esencialmente distinta de la justicia ordinaria con relación a los principios básicos del debido proceso legal. En tiempos de guerra es de destacar la duración del proceso, de trámite sumarísimo. La acción penal es ejercida por el fiscal militar en todos los casos. La prueba rechazada no admite apelación ni cuestionamiento. Levantado el sumario, se notifica al prevenido, al defensor y al fiscal, que para estudiar los autos cuentan con un período fijado en *horas* por el Tribunal. Luego

<sup>76</sup> Bayardo Bengoa, o. cit., t. I, p. 107.

<sup>77</sup> Artículo 292. “En tiempo de guerra, los Tribunales Extraordinarios que se formen, procederán de acuerdo con lo establecido para los Tribunales Ordinarios, en cuanto no se oponga a lo que se establece en este Capítulo, pero abreviando los términos a lo estrictamente indispensable y habilitando todas las horas y días inhábiles, sin otro descanso que el más inevitable”.

los autos pasan al consejo de guerra para el señalamiento de la audiencia y dictado de sentencia, que no admite impugnación. A ello hay que agregar que los responsables de impartir justicia no son técnicos en derecho sino oficiales, y la independencia del procedimiento no resiste el menor análisis con relación a los derechos del imputado, quien está sometido a un régimen de subordinación.

## F. La práctica efectiva de persecución

1. La persecución de crímenes internacionales cometidos fuera del territorio nacional ha tenido un alcance restrictivo, y ello fundamentalmente se debe a la aplicación de leyes de *punto final* que imposibilitaron el desarrollo de los procesos. Es de toda evidencia la existencia del denominado Plan Cóndor, que reunió y coordinó a las fuerzas armadas de Sudamérica para implementar una política de terror, persecución y muerte contra los opositores políticos de los regímenes militares de la década del setenta. Innumerables denuncias se han presentado contra militares y policías que actuaron durante el régimen militar uruguayo que gobernó la República entre 1973 y 1985, por graves violaciones a los derechos humanos, especialmente por la comisión de delitos de homicidio, tortura y desaparición forzada, muchos de ellos cometidos en el exterior (República Argentina). Tales denuncias transitaron por diversa suerte procesal, pero, en esencia, ninguna de ellas fue debidamente investigada. A la sazón, el criterio que gobernó en las fiscalías letradas intervinientes (Ministerio Público) fue el de aplicar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (n° 15.848) y solicitar el archivo de las actuaciones. Dicha ley, que disimula una axiomática amnistía, promulgó la impunidad de militares y policías por los delitos cometidos durante la vigencia del régimen militar.

De todas maneras, se numeran algunas de las denuncias presentadas, su cronología y la causa que les dio origen:

1. Ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 4° turno, con fecha 17/04/1985, se presentaron familiares de personas desaparecidas, denunciando los hechos y a las personas supuestamente responsables, entre las que se incluían varios militares y policías que luego, a lo largo de los años, iban a ser reiteradamente incriminados a través de otras instancias procesales (ficha P/100/85).
2. Ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 5° turno, con fecha 17/4/1985, se presentaron familiares de veinticuatro personas desaparecidas en la Argentina durante el año 1976, denunciando los hechos y a varios militares y policías (ficha n° 519/85).
3. Ante el Juzgado Penal de 2° turno, en abril de 1985, se presentó otra denuncia por violación de los derechos humanos relacionada con las denuncias anteriores (expediente presumarial n° 190/84).
4. En el Juzgado Letrado en lo Penal de 16° turno, a cargo del doctor Álvaro Franca, el 4/9/2001, 16 familiares de *desaparecidos* uruguayos presentaron

denuncia penal (n° P/105/2001) contra varios militares y policías por la comisión de los delitos de privación de libertad (artículos 281 y 282 del CP), sustracción y retención de menores (artículo 283 del CP) y asociación para delinquir (artículo 150 del CP). Fundaron el derecho estableciendo: “La privación de libertad de nuestros familiares, que se extiende desde 1976 hasta hoy, encuadra en la noción de delito de lesa humanidad. Es desde esta perspectiva que debe analizarse la conducta criminal de los denunciados”. Se cita la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que determina que el delito de desaparición forzada tiene carácter permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima y su consumación se prolonga durante todo el tiempo en que se mantiene la privación de libertad.

5. El 6 de julio de 2001, ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 10° turno, a cargo del doctor Rolando Vomero, se presentaron familiares de los ocho militantes del Partido Comunista del Uruguay asesinados el 17 de abril de 1972 en el local de la seccional 20ª de dicho partido. Se expresó que dichos homicidios no están comprendidos en la Ley de Caducidad, por cuanto los hechos acontecieron poco tiempo antes del golpe militar de 1973. El fiscal penal de 4° turno, doctor Enrique Moller, se pronunció por el archivo de las actuaciones fundándose en la obediencia debida de los funcionarios actuantes, aduciendo que el responsable sería el Ministro de Defensa de la época, general Óscar Magnani, que falleció en 1987. Un hecho a destacar es la interpretación del fiscal Moller con relación a la prescripción de dichos delitos: sostiene que el instituto no es aplicable “porque los años de la dictadura no deben computarse a los efectos de poder reclamar”.
6. Ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 3° turno, a cargo del doctor Luis Torres, el 8 de junio de 2001, familiares de tres militantes del Movimiento de Liberación Nacional (Tupamaros) que murieron el 8 de octubre de 1969 en un enfrentamiento con la policía durante la toma de la ciudad de Pando, presentaron denuncia a los efectos de esclarecer los homicidios. Estos hechos no estaban comprendidos en la Ley de Caducidad. Con fecha 28 de agosto de 2001 se clausuran las actuaciones por considerar el Ministerio Público que había operado el plazo de prescripción de 20 años previsto en el artículo 117.1 del CP), sin tomar en cuenta la elevación en un tercio de acuerdo con las previsiones del artículo 123 del CP.
7. El 22 de noviembre de 2001, ante el Juzgado Penal de 4° turno, a cargo del doctor José Balcaldí, diversas organizaciones humanitarias, sindicales y ONG, presentaron denuncia contra el coronel (r) Manuel Cordero por apología de hechos calificados como delitos a través de un medio de comunicación. El 27 de setiembre de 2001 el coronel Cordero fue entrevistado por un periodista del semanario *Búsqueda*, que en su edición semanal publicó la entrevista con el título “El coronel (r) Manuel Cordero reivindicó los ‘métodos

que escapan a la guerra regular para combatir el terrorismo””. Cordero expresó textualmente que “hay que usar métodos que escapan a la guerra regular y a normas jurídicas como los tratados de Ginebra”, y ante la pregunta del periodista de si esos “métodos” implican matar, torturar, secuestrar o hacer desaparecer personas, Cordero respondió: “Yo creo que sí, porque es la única manera”. El delito de apología de hechos calificados como delito está previsto en el Código Penal (artículo 148) dentro del título de “Delitos contra la paz pública”. Según se argumentó en la denuncia, la *paz pública* busca proteger la estabilidad social, resguardar la tranquilidad de la comunidad persiguiendo conductas que posteriormente “van a alterar bienes jurídicos primarios de cualquier clase que sean”. El coronel (r) Cordero realiza en sus declaraciones una apología de por lo menos seis hechos calificados como delitos: “matar” (homicidio), “torturar” (abuso de autoridad contra los detenidos), “secuestrar” “abusar de la autoridad”, ejercer “violencia privada”, y hacer “desaparecer personas” (privación de libertad). Estos delitos lesionan bienes jurídicos primarios como la vida, la integridad física y la libertad. Las declaraciones de Cordero forman parte de una política de Estado que durante años violó masiva y sistemáticamente los derechos humanos, cometiendo algunos de los más horribles crímenes contra la humanidad.<sup>78</sup>

8. En julio de 2002, ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 2º turno, a cargo del doctor Gustavo Mirabal, el poeta argentino Juan Gelman presentó denuncia penal por el delito de privación de libertad y presunto homicidio de su nuera, María Claudia García Irureta Goyena de Gelman, y por los delitos de sustracción de menores y supresión de estado civil en la persona de la hija de esta (nieta de Gelman). En breve la causa será derivada al Ministerio Público a los efectos de que se pronuncie sobre la continuidad de la instrucción o su archivo.
9. Quizás el caso más notorio y de reciente elucidación es el procesamiento en primera instancia,<sup>79</sup> luego confirmado en segunda instancia,<sup>80</sup> del ex ministro de Relaciones Exteriores del gobierno militar, doctor Juan Carlos Blanco. Se le imputa la comisión de un delito de privación de libertad, en grado de coautor, de la maestra uruguaya Elena Quinteros, por el hecho de haber “conocido ex post facto la captura de la víctima, el haber podido incidir en mayor o menor grado para su liberación y el haber cavilado prolijamente la acción a seguir, en base a un cálculo aproximativo de ventajas y desventajas

---

<sup>78</sup> *Derechos Humanos en el Uruguay*, publicación anual del Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), Montevideo, 2001, pp. 94-96.

<sup>79</sup> Resolución n° 991 del 18 de octubre de 2002. Juzgado Letrado Penal de 1º Turno, a cargo del Dr. Eduardo Cavalli.

<sup>80</sup> Resolución n° 165, de 31 de marzo 2003. Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3º Turno, a cargo de los magistrados José Bonavota, Ricardo Harriague y Eduardo Borges.

políticas de cada una de las opciones”, conforme el relato del fallo. “El 28 de junio de 1976, alrededor de las 10.30 horas de la mañana, ingresó en el jardín de la Embajada de la República de Venezuela una mujer gritando y solicitando asilo político. Al salir los diplomáticos vieron que detrás de la misma habían ingresado varias personas (cuatro) de las cuales uno de ellos en forma violenta sacó a la mujer hacia el exterior. En el forcejeo incluso resultó lesionado el Consejero de la Embajada Sr. Frank Becerra. La mujer, que en definitiva luego fue identificada como la maestra Elena Quinteros, fue introducida en un automóvil Volkswagen cuya matrícula terminaba en 714 y conducida a lugar desconocido” (considerando 2.a).<sup>81</sup> Después de 27 años, el Estado reconoció oficialmente su desaparición y muerte.<sup>82</sup>

10. La denuncia de los asesinatos de los ex legisladores uruguayos Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini en la República Argentina, en el año 1976, fue presentada ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 5° Turno, ficha P/592/85, autos caratulados “Suprema Corte de Justicia remite testimonio sobre el secuestro y asesinato perpetrado contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmar Michelini - Antecedentes”. Fue archivado el 25/9/1989 y reabierto de oficio a finales de la década del noventa como consecuencia del aporte de nuevos datos sobre la causa publicados por diversos medios de prensa. Actualmente se encuentra en trámite.

### ***I. Impedimentos fácticos con relación a la persecución penal***

El mayor impedimento para la persecución penal es esencialmente de carácter normativo. Uruguay ha propiciado la creación de leyes de amnistía o punto final, como parte del compromiso asumido con las fuerzas armadas para reinstaurar el régimen democrático. Dichas leyes han obstaculizado la persecución penal en algunos casos, y en otros directamente la han impedido. Así ocurre con la multicitada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que, sin perjuicio de cierta connivencia estatal, ha logrado la impunidad de los responsables de delitos de lesa humanidad.

En virtud de esta ley, la administración de justicia debió archivar la mayoría de las denuncias presentadas por violaciones a los derechos humanos, especialmente en aquellos casos de los llamados *detenidos desaparecidos*.

Otro impedimento resulta de la política institucional de las fuerzas armadas, que guardan un “pacto de silencio” y han respaldado la no presentación de sus miembros ante la justicia ordinaria cuando son citados por denuncias que atañen a los crímenes

---

<sup>81</sup> Este incidente dio lugar a la ruptura de relaciones diplomáticas entre Uruguay y Venezuela, que recién se restauraron luego del advenimiento del régimen democrático, en 1985.

<sup>82</sup> Resolución de la Presidencia de la República n° 448/2003, de 10 de abril de 2003, que aceptó y asumió como versión oficial sobre la situación de los detenidos-desaparecidos las conclusiones del Informe Final de la Comisión para la Paz; ante la cual se denunció el caso.

cometidos durante el gobierno militar. Hoy día, las relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (Ministerio de Defensa) respecto al tema de la competencia siguen siendo un punto álgido y de desencuentro.

Finalmente, la falta de voluntad política parlamentaria para crear tipos delictivos similares a los tipificados en el ECPI coadyuva en la limitación efectiva de la persecución penal de crímenes internacionales.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### ***I. Proyectos de reforma***

Si bien Uruguay no ha efectuado hasta el presente cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico interno con relación a la creación de nuevas figuras penales, existen proyectos de reforma a la espera de aprobación parlamentaria, entre los que se destacan:

- a. Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento con fecha 11 de julio de 2000, el cual solicita la aprobación parlamentaria de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.<sup>83</sup>

Consta de un artículo único que solicita la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Aún no tiene aprobación legislativa.

- b. A estudio del cuerpo legislativo, pero sin perspectivas de una pronta aprobación, se encuentra un proyecto de Ley sobre Delitos de Lesa Humanidad,<sup>84</sup> que recoge solo parcialmente algunos tipos penales del Estatuto.

---

<sup>83</sup> Poder Legislativo, Cámara de Representantes, Comisión de Asuntos Internacionales, carpeta n° 527 de 2000, repartido n° 302, agosto de 2000.

<sup>84</sup> Cámara de Representantes, Comisión de Derechos Humanos, carpeta n° 179 de 2000, repartido n° 120, mayo de 2000.

El artículo 1° del proyecto describe los nuevos delitos de “tortura, homicidio político y ocultamiento de paradero y desaparición forzada” que “serán considerados crímenes contra la humanidad y se registrarán por lo dispuesto en estas normas generales siempre que ellos constituyan un cuadro sistemático que cuenta con la tolerancia de organismos gubernamentales”.

Los sujetos activos del nuevo texto normativo recaen en “los funcionarios públicos que actuando en ese carácter” ejecuten directamente los actos descritos “o los ordenen, instiguen o induzcan su comisión, así como también aquéllos que pudiendo impedirlo no lo hagan”. También son sujetos activos “los particulares que por orden, instigación o inducción de los funcionarios, los ejecuten, sin perjuicio de las normas sobre comunicabilidad en materia de coparticipación”.

El proyecto contiene una disposición importante respecto del instituto de la extradición, que niega la categoría de delitos políticos a los delitos de lesa humanidad, entre ellos los contenidos en sus Normas generales (artículo 1°).

- c. Recientemente, con fecha 20 de enero de 2003, el Poder Ejecutivo envió al Parlamento un proyecto de ley sobre la Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que hace suyos por vía de remisión los crímenes enunciados en el artículo 5 del ECPI. En caso de aprobarse —la dis-

---

También se refiere al instituto de la *obediencia debida*, respecto a la cual expresa categóricamente que “el haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal”; esto implica no poder invocar la orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de los delitos de lesa humanidad.

Con relación a las nuevas figuras delictivas creadas por el proyecto, se recurre a una reiterada práctica legislativa de transcribir el contenido de tipos penales ya definidos en acuerdos o convenios internacionales. De esta forma, el artículo 7° define a la tortura como “A) Todo acto por el cual se inflija sufrimiento físico o mental con fines indagatorios, de castigo o de intimidación, tanto respecto al indagado como a terceros. B) El sometimiento a penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. C) La aplicación de tratos tendientes a anular su personalidad o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o padecimiento psíquico”.

Con relación a la pena, se fija un régimen discontinuo de sanciones que derivan de la lesión sufrida. Se establecen guarismos punitivos que oscilan entre dos años y seis meses como mínimo a veinticinco años de penitenciaría, según la lesión haya sido personal, grave o gravísima, o haber producido la muerte. En suma, el delito de tortura resulta inexcusable.

El delito de *homicidio político* se define como el hecho de haber dado muerte deliberadamente “a alguna persona a causa de sus actividades u opiniones políticas o sindicales reales o presuntas, o en razón de su pertenencia a un grupo étnico o religioso”. La pena es de quince a treinta años de penitenciaría.

El delito de *detención ilegítima, ocultamiento de paradero y desaparición forzada* trata de prevenir lo que ha resultado ser una práctica inocultable de los regímenes dictatoriales, especialmente los que tuvieron en lugar en América Latina en las décadas de los años setenta y ochenta del siglo XX.

El artículo 10 del proyecto castiga con veinte meses de prisión a tres años de penitenciaría a quien detenga ilegítimamente a una persona; con el mismo mínimo pero con seis años de penitenciaría castiga a quien “oculte el paradero de una persona detenida, arrestada o condenada”, y con tres a veinticuatro años de penitenciaría al “que oculte el paradero de una persona privada de libertad determinando el riesgo de su desaparición o su desaparición efectiva”. Se considera configurada la *desaparición efectiva* de una persona cuando, agotados los medios legales, no su hubiera logrado conocer su paradero; y por *medios legales* se entiende la interposición del hábeas corpus y el recurso de amparo sin resultados positivos (artículo 12, *in fine*).

El hecho de introducir en el proyecto de reforma un capítulo con referencias a las formas omisivas expresa la voluntad del legislador de perseguir penalmente todos aquellos comportamientos que de una manera u otra impliquen el asentimiento para la comisión de conductas lesivas a los derechos humanos.

En tal sentido, castiga con pena atemperada, de un tercio a la mitad del delito de que se trate, al “funcionario público que omitiere evitar la comisión de alguno de los hechos constitutivos de delitos de lesa humanidad, teniendo competencia para ello” (artículo 15). Asimismo, la disposición compele al funcionario (público) a denunciar cualquier hecho lesivo —de los descritos en el referido artículo 15°— del que tuviera conocimiento en “razón de sus funciones”, otorgándole para ello un plazo muy breve (72 horas), so pena de ser castigado con doce meses de prisión a cinco años de penitenciaría. También el proyecto refiere en forma específica a la condición de médico y de juez; en el primer caso se agrega inhabilitación para el ejercicio del cargo y en el segundo se castiga la inobservancia de su tarea instructoria ante el conocimiento de los hechos descritos (artículos 16 *in fine* y 17).

Finalmente, se prevé un régimen de agravamiento punitivo cuando los delitos enunciados en el artículo 1° del proyecto se hayan cometido a “niños, mujeres embarazadas o grupos familiares”, o con

cusión parlamentaria se encuentra en etapa *sine die*—, el Uruguay estaría en condiciones de perseguir penalmente a los responsables de crímenes internacionales, habida cuenta de que la vía de remisión elegida implica integrar al sistema jurídico interno las mismas figuras delictivas del Estatuto.

### 1. *Crítica de los proyectos*

Si bien es alentador y corresponde estimular las iniciativas de reformulación del ordenamiento jurídico interno con miras al cumplimiento de compromisos internacionales, se advierte en ellos los siguientes aspectos que podrían considerarse:

- El proyecto de Ley sobre Delitos de Lesa Humanidad puede ser mejorado sensiblemente, tanto en su aspecto gramatical (morfológico y de sintaxis) como en su contenido. Sería conveniente revisar la redacción de los tipos penales, equipar criterios punitivos (dosimetría penal), así como armonizar e incorporar principios de derecho penal internacional.
- El proyecto de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no merece observaciones.
- El proyecto de Implementación del ECPI, al escoger la vía de remisión, tiene el inconveniente de trasladar íntegramente las disposiciones del Estatuto, desaprovechando la oportunidad de corregir algunas de sus normas que han merecido fundadas críticas. A este respecto el proyecto podría servir para incluir en nuestro ordenamiento jurídico el delito de *tortura*, pues *plus ultra* que esté previsto entre los crímenes de lesa humanidad (artículo 7.1 f), se

---

“la intervención [...] directa o indirecta de tres o más personas”, o con “la participación de funcionarios públicos o particulares que actúan amparados por el poder público de otros Estados en la comisión del delito” (artículo 18).

Si bien en principio resulta alentadora toda iniciativa referente a la reformulación del ordenamiento jurídico con miras a adaptarlo a las nuevas propuestas de legislación en el ámbito del derecho internacional, estimo que el proyecto debe ser mejorado sensiblemente, tanto en su aspecto gramatical (morfológico y de sintaxis) como en su contenido. Sería conveniente revisar la redacción de los tipos penales, equipar criterios con relación la aplicación de la pena (mantener la dosimetría penal), así como armonizar e incorporar principios del derecho penal internacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo rescatable es el intento de dar cumplimiento a las normas programáticas insertas de las convenciones internacionales suscritas por la República. Así y todo, con referencia al Estatuto de Roma no solo se trata del cumplimiento de un deber de colaboración en el marco del compromiso asumido al ratificarlo, sino también de prevenir la práctica de la violación de los derechos humanos y la eventual persecución penal de los acusados.

Como aspecto positivo se destaca la inclusión de particulares como sujetos activos del delito, además de los funcionarios públicos. Seguramente una de las disposiciones de mayor importancia jurídica es la invocación a texto expreso de no amparar al responsable de los delitos de lesa humanidad por el hecho de “haber actuado bajo órdenes superiores” (artículo 5).

En suma, es un proyecto perfectible, cuya aprobación resulta extemporánea, de cara a un ulterior proyecto en la materia.

castiga en la medida en que forme parte de un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, lo que implica que un acto aislado de tortura seguirá sin castigo en Uruguay. Por su parte, con relación a la edad, el artículo 8.2 *b* del ECPI establece que es un crimen de guerra reclutar a menores de 15 años; sin embargo, Uruguay ha suscrito compromisos internacionales que establecen un estándar más elevado de protección a la persona humana.<sup>85</sup> Asimismo, podrían subsanarse algunas omisiones referidas a la guerra y al uso de determinadas armas prohibidas o restringidas, como también revisar cuestiones de inmunidad para no incluir posteriores acuerdos a la aprobación del Estatuto, etcétera.<sup>86</sup>

En suma, el proyecto merece el beneplácito, sin perjuicio de considerar algunos aspectos normativos que, si bien no obstan la aprobación, claramente podrían mejorarse.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

En la medida en que el gobierno de la República no complementa con legislación interna las normas programáticas suscritas en los tratados internacionales y ratificadas posteriormente, o no sancione los tipos penales previstos en el ECPI, habrá déficit de punibilidad y graves dificultades para la persecución efectiva de los crímenes internacionales. Sin perjuicio de que estos puedan ser sancionados por otras figuras del Código Penal ordinario y militar, existirá siempre una discordancia punitiva entre ambos y, en consecuencia, el ejercicio jurisdiccional resultará insuficiente para la absoluta y plena vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Con relación a las obligaciones internacionales de persecución, no está de más recordar el alcance territorial y personal del poder punitivo, en cuanto establece el deber de castigar los delitos cometidos por un uruguayo, o por un extranjero en perjuicio de un uruguayo, o en perjuicio del país, cuando su autor fuera habido en el territorio de la República y no fuera requerido por las autoridades del país donde se cometió el delito (artículo 10.5° del CP).

## ***III. Debate jurídico-político***

La respuesta institucional que el actual gobierno del doctor Jorge Batlle Ibáñez dio a las reclamaciones y denuncias de violaciones a los derechos humanos fue la

---

<sup>85</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación en los Conflictos Armados (suscrito por Uruguay el 7 de septiembre de 2000) fija el límite de 18 años como edad mínima para participar en las hostilidades.

<sup>86</sup> Cf. *Memorial de Amnistía Internacional Uruguay sobre el proyecto de ley donde se establecen procedimientos para la aplicación en el ámbito interno del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, informe inédito, Sección Uruguaya de Amnistía Internacional, 2003.

creación de un órgano colegiado denominado *Comisión para la Paz*. Su cometido fue esclarecer el destino de las personas desaparecidas durante la dictadura militar.<sup>87</sup>

Sin perjuicio de ello, se sigue debatiendo en ámbitos políticos y jurídicos la aplicación y el alcance de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (n° 15.848, de 22 de diciembre de 1986), a tal punto, que en el mes en curso (abril de 2003) se ha planteado desde esferas gubernamentales una ley interpretativa sobre su alcance, en la que también se incluiría a *funcionarios civiles* que actuaron durante el régimen militar.

La Ley de Caducidad, como es notorio, impide el juzgamiento de los responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos por funcionarios policiales y militares durante el régimen de facto. La redacción de su artículo 1°, que establece un límite temporal para la caducidad de la persecución penal (1° de marzo de 1985), puso de manifiesto el debate jurídico-político respecto de la naturaleza jurídica de los delitos de privación de libertad y sustracción de menores, dado que la *permanencia* de su ejecución implica la continuidad (continúan cometiéndose hasta el presente) y, en consecuencia, al evadir el límite temporal impuesto por la ley, nada impediría la persecución penal de los responsables.<sup>88</sup>

Para dirimir el conflicto se acudió a las convenciones internacionales suscritas por la República, como la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por ley nacional n° 16.724 de 13 de noviembre de 1995, por cuanto su artículo III considera el delito de desaparición forzada de personas como “continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Sin embargo, su fecha de aprobación posterior a la ley, así como la inexistencia de la misma figura penal en el ordenamiento jurídico interno, resultan un obstáculo para su aplicación.

---

<sup>87</sup> La Comisión fue creada por decreto del Poder Ejecutivo n° 858/2000 de 9/8/2000 y estaba integrada por personalidades vinculadas al ámbito social, político, académico y religioso, como el arzobispo Nicolás Cotugno, quien la presidía, el sindicalista José D’Elía, el sacerdote Jorge Osorio y los abogados Claudio Williman, Gonzalo Fernández y Carlos Ramela. Actuó durante más de treinta meses recibiendo, analizando, clasificando y recopilando información sobre las desapariciones forzadas ocurridas durante el régimen militar (1973-1985). El 10 de abril del 2003, por resolución de la Presidencia n° 448/2003, el Poder Ejecutivo aceptó y asumió como versión oficial el Informe Final de la Comisión para la Paz sobre la situación de los detenidos-desaparecidos.

<sup>88</sup> Un reciente fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno (resolución n° 165 de 31/3/03) no hizo lugar a una solicitud de libertad interpuesta por la defensa del ex canciller de la República durante el período militar, Juan Carlos Blanco, sosteniendo que el delito de privación de libertad, base de la imputación para el dictado del auto de procesamiento, tiene carácter de delito permanente, y no era procedente otorgarla.

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

No se advierte ningún otro aspecto de relevancia.

## I. Valoración personal de la situación normativa y fáctica con relación a la persecución penal de crímenes internacionales en el Uruguay

1. El sistema penal uruguayo carece en su ordenamiento interno de tipos penales específicos que permitan la persecución de crímenes internacionales. La falta de voluntad política legislativa en tal sentido es palpable, y en buena medida puede estar incidiendo en ella el novel proceso democrático que recorre el país luego del régimen dictatorial, en el que una comprometida persecución penal contra los autores de delitos de lesa humanidad puede generar —aún hoy— ciertos riesgos y crisis institucionales. De allí la importancia de crear una legislación supranacional unificada, no solo entre los países de la región, sino más bien entre los sistemas del *common law* y continental.

2. Uruguay ha ratificado varias convenciones internacionales con el propósito de prevenir crímenes de lesa humanidad, entre ellas la Convención sobre Genocidio (1948, ratificada en 1966), la Convención contra la Tortura (1984, ratificada en 1985), la Convención contra la Desaparición Forzada (ratificada en 1995), etcétera. No obstante, se ve con marcada preocupación la omisión legislativa en la creación de las mismas figuras penales dentro del ordenamiento interno para facilitar su aplicación. Ello denota que la ratificación, y los compromisos de convertibilidad en ley nacional, no dejan de ser un gesto de buenas intenciones que puede dejar incólumes las propuestas programáticas de los mencionados textos internacionales.

3. La formulación específica de los mismos delitos en el ámbito interno resulta ineludible para que la persecución penal sea posible y efectiva. De allí la importancia de que se incluyan las definiciones de crímenes internacionales que recoge el Estatuto, describiendo claramente su alcance y contenido, de donde se desprenderá la voluntad estatal de persecución punitiva y se evitará la aplicación del principio de complementariedad.

4. El proyecto de Ley de Implementación del Estatuto de la Corte se encuentra en plena conformidad con los principios de derecho internacional y con considerables estándares de protección humana, lo que amerita su rápida aprobación.

5. Sin perjuicio de ello, es perfectible con relación a determinados tipos penales e institutos que consagra, así como respecto a ciertas atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo y omisiones en los cometidos del Poder Judicial.

6. La cooperación del Estado no solamente es una cuestión de principios, sino un deber, conforme surge del artículo 86 del ECPI, que Uruguay consintió al ratificarlo.

**Bibliografía**

- AMBOS, Kai, y otros, *La nueva justicia penal supranacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CAIROLI, Milton, *El derecho penal uruguayo*, t. I, FCU, Montevideo, 2000.
- CAMAÑO ROSA, Antonio, *Estudios penales y procesales*, vol. I, Montevideo, ed. Amalio Fernández, 1970.
- Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 3ª serie, nº 6, Montevideo, FCU, mayo de 2001.
- Curso de Cooperación Penal Internacional*, Valença, Río de Janeiro, 1994, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 1994.
- DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- GUIGON, Nicolás, y Marisa RUIZ, en *Seminario “Corte Penal Internacional: desafíos y proyecciones para el Uruguay y el mundo”*, Pablo Ameneiros, Montevideo, 2001.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho internacional público*, 2ª ed., FCU, Montevideo, 1996.
- KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- KLETT, Selva, “La jurisdicción internacional”, en Ángel Landoni (dir.), *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*, Montevideo, FCU, 1997.
- LANGÓN, Miguel, *Curso de derecho penal*, t. I, Del Foro, Montevideo, 2000.
- LANGÓN, Miguel, *Curso de derecho penal*, t. II, Del Foro, Montevideo, 2001.
- LLANOS MANSILLA, Hugo, *Teoría y práctica del derecho internacional público*, Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- MAIER, Julio B. J., “Extraterritorialidad penal y juzgamiento universal”, en *Estudios en homenaje al profesor Enrique Vescovi*, FCU, Montevideo, 2000.
- SCHURMANN PACHECO, Rodolfo, *Crestomatía jurídico penal*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 2002.
- URIOSTE, Fernando, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- Uruguay. Seguridad nacional y cárceles políticas*, IEPALA (Instituto de Estudios para América Latina y África), Madrid, 1994.
- VIEIRA, Manuel, *El delito en el espacio. Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, FCU, Montevideo, 1969.

### ***Legislación***

Constitución de la República de 1997.

Constitución de la República de 1830 Sección XI.

Ley nº 242 de 12/12/1842. Abolición de la esclavitud en todo el territorio de la República.

Ley nº 316 de 6/5/1853. Se declara piratería el tráfico de esclavos.

Ley nº 16.048 de 16/6/1989. Modificación de artículos del Código Penal relativos a la incitación al odio, el desprecio o la violencia contra determinadas personas, y a la comisión de actos en el mismo sentido.

Ley nº 13.482 de 7/7/1966. Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9/12/1948.

Ley nº 13.751 de 11/7/1969. Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Protocolo Facultativo. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966.

Ley nº 15.798 de 27/12/1985. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su XXXIX período ordinario de sesiones.

Ley nº 16.520 de 22/7/1994. Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/01/1993.

Ley nº 7221 de 18/06/1920. Convención sobre Trata de Blancas. Aprobada el 4/5/1910.

Ley nº 13.683 de 17/9/1968. Convención relativa a la Protección de Civiles en Tiempo de Guerra. Suscrita en el Conferencia diplomática de Ginebra.

### *Instrumentos regionales de derechos humanos ratificados por Uruguay*

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Conferencia Interamericana, abril de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París, el 10/12/1948.

Ley nº 15737 de 8/3/1985. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 19/12/1966).

Ley nº 16.294 de 11/8/1992. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 6/12/1985.

Ley nº 16.724 de 13/11/1995. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Aprobada por la Organización de los Estados Americanos, en Belén, Brasil, el 9/6/1994.

*Convenciones internacionales no ratificadas por Uruguay*

Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25/9/1926.

Convención para Represión de la Trata de Personas y de la Explotación Ajena. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV) de 2/12/1949.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución n° 2391 (XXIII) de 26/11/1968.

Convención Internacional sobre la Represión y el castigo del Crimen de Apartheid. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución n° 3068 (XXVIII) de 30/11/1973.

*Jurisprudencia*

Revista *La Justicia Uruguaya*, casos 3.090, 3.493, 14.001.

Juan Luis Modolell González

## Venezuela

### A. Introducción

Venezuela ratificó el Estatuto de Roma el 7 de junio de 2000, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico venezolano mediante la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.098 del 3 de diciembre de 2000, y *Gaceta Oficial* —extraordinaria— n° 5.507 de la misma fecha. Venezuela fue el primer país latinoamericano en ratificar dicho Estatuto y el undécimo en el mundo. Sin embargo, dicho acontecimiento no ha representado en modo alguno una modificación sustancial del ordenamiento jurídico penal interno. El Código Penal venezolano (CP) sigue manteniendo su antigua estructura, copia del Código Penal italiano de 1890 (Código Zanardelli) adoptado en el año 1926, que fue objeto de reformas puntuales en los años 1964 y 2000.

### B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional

#### I. Genocidio

En la legislación interna venezolana no se tipifica el delito de *genocidio*; por lo tanto, los supuestos especificados en los literales *a* y *b* del artículo 6 del Estatuto solo podrían castigarse mediante los tipos de homicidio calificado (artículo 408 del CP) y lesiones (artículos 415 y ss. del CP). Por su parte, los supuestos especificados en las letras *c*, *d* y *e* del Estatuto no están consagrados expresamente en ningún tipo penal del ordenamiento jurídico venezolano. La única forma de castigar dichos hechos sería a través de los delitos contra la libertad establecidos en el título II del libro segundo del Código Penal venezolano.

Cabe señalar que Venezuela ratificó el 12 de julio de 1960 la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. El artículo V de dicha Convención establece la obligación a las partes contratantes de adoptar, “con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de

las disposiciones de la presente Convención, y especialmente [...] establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. Venezuela ha incumplido también esta norma, ya que hasta la fecha no ha tipificado el delito de genocidio en su legislación interna.

En cuanto a los proyectos legislativos, el proyecto de Código Penal venezolano elaborado por los profesores José Miguel Tamayo y Jorge Sosa Chacín<sup>1</sup> contempla, en un extenso artículo, el tipo de genocidio.<sup>2</sup> Igualmente, en el anteproyecto de Código Penal de 1967 se incorporó el delito de genocidio dentro del capítulo referido a los delitos contra el derecho internacional.<sup>3</sup>

## II. *Crímenes contra la humanidad*

En cuanto a los *crímenes contra la humanidad*, el artículo 7.1 del Estatuto tipifica varios supuestos cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. La mayoría de los casos de *delitos de lesa humanidad* consagrados en el Estatuto no encuentran correspondencia en la legislación venezolana.

a. El primer supuesto del Estatuto es el *asesinato*, el cual no está tipificado en la legislación venezolana de la forma como lo establece el citado artículo 7.1 del Estatuto, es decir, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. La tipificación del Estatuto exige una reiteración de los hechos o un ataque masivo a la población; por lo tanto, la punibilidad de tales actos mediante la legislación penal interna venezolana solo podría realizarse mediante el tipo de homicidio alevoso (artículo 408 del CP, ordinal 1º)<sup>4</sup> en concurso real (artículo 86 del CP) según el número de homicidios perpetrados. De acuerdo con este último artículo, la pena del concurso real cuando todos los delitos están castigados con pena de presidio corresponde a la del hecho más grave, con aumento de las dos terceras partes del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros (artículo 86 del CP).<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Designados en 1974 como miembros de la comisión asesora de la Comisión de Política Interior del Senado de la República.

<sup>2</sup> Cfr. Tamayo-Sosa Chacín, *Proposiciones para reformar el Código Penal Venezolano (Informes presentados al Congreso de la República y Proyecto de Reforma)*, t. II, Centauro, Caracas, 1977, pp. 519 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 516.

<sup>4</sup> Cabe señalar que en Venezuela tampoco existe un tipo penal denominado “asesinato”; este corresponde al delito de homicidio alevoso, tipo calificado sancionado con una pena de entre quince y veinticinco años de presidio (artículo 408 del CP, ordinal primero).

<sup>5</sup> El *presidio* constituye una de las penas privativas de libertad establecidas en el Código Penal venezolano, y se diferencia de la pena de *prisión* por las penas accesorias: la interdicción civil durante el tiempo de la condena, la inhabilitación política durante el mismo lapso y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, una vez terminada esta (artículo 13 del CP). Se trata de la pena más grave establecida en el ordenamiento jurídico penal venezolano.

b. El segundo supuesto consagrado en la letra *b* del artículo 7.1 del Estatuto es el delito de *exterminio*, cuya conducta consiste en “la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población” (número 2, letra *b*, del referido artículo 7 del Estatuto). La legislación penal venezolana tampoco tipifica estos hechos, que quedan abarcados por el tipo más general de homicidio en concurso real con los delitos contra la salubridad y alimentación públicas (artículos 364 y ss. del CP).

c. El tercer supuesto, previsto en el literal *c* del artículo 7.1 del Estatuto, consagra el delito de *esclavitud*. Al respecto el CP venezolano tipifica en el primer párrafo del artículo 174 el delito de “reducción a esclavitud”, según el cual todo aquel “que reduzca a esclavitud a una persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años”.

Nótese que el tipo señalado no especifica en qué consiste la “esclavitud”,<sup>6</sup> a diferencia de la tipificación del Estatuto, la cual detalla la conducta típica.<sup>7</sup> El tipo de “reducción a esclavitud” del Código Penal venezolano extiende la pena señalada a quien someta a una persona a una “condición análoga” a la *esclavitud*, extensión que implica una violación al principio de legalidad por no especificar en qué consiste una condición análoga a la esclavitud (la analogía en contra del reo está prohibida en el derecho penal).<sup>8</sup>

En cuanto a la conducta señalada en los tipos anteriores, parecería requerirse una permanencia,<sup>9</sup> en el sentido de que la conducta logre crear un estado en el sujeto.

Como conducta adicional, el citado artículo 174, en su segundo párrafo, castiga con la misma pena a “los que intervienen en la trata de esclavos”. En este caso la ley habla de “intervención” en la trata de esclavos, término que conlleva la igualdad de punibilidad de los autores y partícipes.

d. El cuarto supuesto consagrado en el literal *d* es el de *deportación o traslado forzoso de población*, tipo penal que tampoco se encuentra en la legislación penal

---

<sup>6</sup>Febres Cordero, para definir la conducta de esclavitud, hace referencia al “acuerdo de Ginebra del 25 de septiembre de 1926” (*Curso de derecho penal. Parte especial*, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida [Venezuela], 1966, p. 114). Mendoza Troconis sostiene que la conducta típica de “reducción a esclavitud” consiste en “colocar a una persona en un estado o condición sobre la cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad” (*Curso de derecho penal venezolano. Parte especial*, Gráficas Letra, Madrid, 1961, t. IV, vol. I, p. 268).

<sup>7</sup>Así, el Estatuto entiende por delito de esclavitud “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

<sup>8</sup>En contra de esta opinión, Grisanti Aveledo, para quien esta cláusula no comporta un caso de analogía sino de interpretación extensiva (*Manual de derecho penal. Parte especial*, Mobil-Libros, Caracas, 1989, p. 579). Mendoza Troconis, al referirse a las conductas análogas a la esclavitud, sostiene que estas equivalen a restringir el estado de persona libre, como, por ejemplo, “siervo de la gleba”, “esclavo afecto a la heredad”, “mujer de harem”, “trabajador sarrapiero”, etcétera (o. cit., p. 268).

<sup>9</sup>Ibidem, p. 269.

interna venezolana. Su punibilidad solo sería posible a través de la aplicación tangencial de tipos que protegen la libertad individual (v. g., artículo 176 del CP).<sup>10</sup>

e. El literal *e* del citado artículo 7.1 del Estatuto consagra el supuesto de *encarcelación u otra privación grave de la libertad física* en violación de normas fundamentales de derecho internacional. El ordenamiento jurídico penal interno venezolano no consagra un tipo penal semejante. La punibilidad de acciones de esta clase sería a través de la aplicación del delito de privación ilegítima de libertad por funcionario público, consagrado en el artículo 177 del CP.

f. La letra *f* del citado artículo 7.1 del Estatuto consagra el delito de *tortura*. Al respecto cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 182 del Código Penal venezolano castiga con prisión de tres a seis años “los sufrimientos, ofensas a la dignidad humana, vejámenes, *torturas* o atropellos físicos o morales cometidos en persona detenida, por parte de guardianes o carceleros, o de quien diera la orden de ejecutarlos, en contravención a los derechos individuales reconocidos en el numeral 2 del artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (cursivas añadidas). A su vez, el numeral 2 del artículo 46 de la Constitución nacional (CN) dispone que toda persona “tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia [...]: 2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad del ser humano”.

Curiosamente, el citado artículo 182 del CP no alude al numeral 1 del artículo 46 de la CN, según el cual “Ninguna persona puede ser sometida a penas, *torturas* o tratos crueles inhumanos o degradantes” (cursivas añadidas), sino al numeral 2 del artículo 46 constitucional transcrito anteriormente. La interpretación se complica al examinarse el numeral 1 de la disposición transitoria cuarta de la Constitución, que ordena a la Asamblea Nacional, dentro del primer año, contado a partir de su instalación, aprobar la “legislación sobre la sanción a la tortura, ya sea mediante ley especial o reforma del Código Penal”.

La norma del CP sobre *tortura* no se incluyó en la reforma penal posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 sino en la reforma del 22 de junio de 1964; por lo tanto, surge la pregunta: ¿contempla el supuesto del artículo 182 del CP la tortura como crimen de *lesa humanidad*? De contestarse afirmativamente quedaría por responder la siguiente interrogante: ¿por qué entonces se incluyó el numeral 1 de la disposición transitoria cuarta de la Constitución de 1999 si ya estaba previsto el

---

<sup>10</sup> Establecen los dos primeros párrafos de este artículo:

“Cualquiera que, sin autoridad o derecho para ello, por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos, forzare a una persona a ejecutar un acto a que la ley no la obliga o a tolerarlo o le impidiere ejecutar alguno que no le está prohibido por la misma, será penado con prisión de quince días a treinta meses.

”Si el hecho ha sido con abuso de autoridad pública, o contra algún funcionario público por razón de sus funciones, o si del hecho ha resultado algún perjuicio grave para la persona, la salud o los bienes del agraviado, la pena será de prisión de treinta meses a cinco años”.

delito de tortura en la legislación penal interna venezolana? Indudablemente todas estas imprecisiones perjudicarán la interpretación del tipo penal.

En cuanto a la tipificación propiamente dicha, en el segundo párrafo del artículo 182 del CP no se describe la conducta de tortura, sino que solamente se hace referencia a que esta se realice en contravención a los derechos individuales consagrados en el numeral 2 del artículo 46 de la Constitución.

Por otra parte, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) establece un supuesto especial de *tortura* cometida sobre niños o adolescentes en su artículo 253, en virtud del cual se sanciona con una pena de prisión de uno a cinco años al “funcionario público que por sí o por otro ejecute contra algún niño o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, con el propósito de obtener información de la víctima o de un tercero”. El párrafo primero de la citada norma extiende la pena a la persona que sin ser funcionario público (*extraneus*) ejecute la *tortura* por aquel determinada. Además, los párrafos segundo y tercero establecen dos tipos calificados por el resultado,<sup>11</sup> en virtud de los cuales la pena será de prisión de dos a ocho años si resulta una lesión grave o gravísima, y de prisión de quince a treinta años si resulta la muerte del niño o adolescente torturado.

g. El literal g consagra, como otro supuesto de delito de *lesa humanidad*, la *violación*, la *esclavitud sexual*, la *prostitución forzada*, el *embarazo forzado*, la *esterilización forzada* “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.

Ninguna de estas conductas se encuentra tipificada en la legislación penal interna como crimen de *lesa humanidad* (el cual implica un ataque generalizado o sistemático contra la población civil); por lo tanto, una acción de esta clase solo podría castigarse mediante los tipos penales comunes de violación (artículos 375 y 376 del CP), inducción a la prostitución de menores (artículos 388 y 389 del CP), explotación sexual de menores y adolescentes (artículo 258 de la LOPNA) y abuso sexual de niños y adolescentes (artículos 259 y 260 de la LOPNA).

h. El literal h del artículo 7.1 del Estatuto consagra como delito de *lesa humanidad* la *persecución de un grupo o colectividad con identidad propia*, supuesto no tipificado en legislación penal interna venezolana.

i. El literal i del citado artículo 7.1 del Estatuto tipifica la *desaparición forzada de personas*. Al respecto, establece el artículo 45 de la CN:

Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley.

---

<sup>11</sup> En mi opinión, los tipos calificados por el resultado suponen que la conducta menor sea adecuada *ex ante* para producir el resultado mayor.

A su vez, la propia Constitución, en su disposición transitoria tercera, numeral 1, ordenaba a la Asamblea Nacional venezolana aprobar, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación, “una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución”.

Atendiendo al llamado constitucional, el CP, en su reforma del 20 de octubre de 2000 (*Gaceta Oficial* n° 5.494 —extraordinaria—), incluyó, en el capítulo relativo a los “delitos contra la libertad”, el delito de *desaparición forzada de personas* (artículo 181-A):

La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

Este último tipo penal, si bien se extiende más en la redacción que el artículo correlativo del Estatuto, incurre en ciertas imprecisiones que deben comentarse. Así, la conducta típica establecida implica que el funcionario del Estado realice una acción positiva como es privar ilegítimamente de su libertad a una persona y, posteriormente, realice una omisión que consiste en negarse a reconocer la detención, o negarse a dar información sobre el destino o la situación de la persona, todo lo cual debe impedir el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales. Esta forma de conducta típica podría interpretarse como un supuesto de comisión por omisión en la cual el funcionario público queda en posición de garante por un actuar precedente, precisamente la privación ilegítima de libertad.

A diferencia del tipo establecido en el Estatuto, no se exige como elemento subjetivo del injusto que el autor persiga dejar a la víctima “fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. En vez de este fin especial, se exige que el autor, mediante la privación de libertad y la omisión posterior, impida el ejercicio de los dere-

chos y garantías constitucionales y legales, independientemente del tiempo que dure tal impedimento.

La segunda conducta típica establecida en el artículo 181-A del CP exige que los sujetos activos del delito sean miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, y que realicen el hecho en su carácter de “miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones”. La conducta típica en este supuesto no se detalla como en el caso anterior, sino que se alude a “desaparecer forzosamente” (sin especificarse en qué consiste dicha conducta) mediante “plagio” o “secuestro”. La utilización de estos últimos términos genéricos complicaría un poco la interpretación ya que, al menos en la legislación venezolana, el delito de secuestro implica necesariamente el fin de pedir un rescate por la liberación de la persona, lo cual podría llevar a pensar que la privación de libertad con el fin de causar alarma o intimidación en ningún caso constituiría la conducta de “desaparición forzada”. Parecería entonces que el término “secuestro” debe interpretarse en su sentido usual, no técnico-jurídico.

Seguidamente el tipo analizado establece una pena especial para los cómplices y encubridores, sin especificar a qué supuestos de complicidad se refiere. Ante este silencio, debe entenderse que se trata de los supuestos de complicidad simple establecidos en el artículo 84 del CP,<sup>12</sup> ya que la otra forma de complicidad —la llamada complicidad necesaria— se castiga con la misma pena que el autor (artículo 84, último párrafo). Por otra parte, no se especifica en qué consiste la conducta de encubrir, con lo que queda planteada la duda de si se trata de la conducta propia del tipo general de encubrimiento previsto en el artículo 255 del CP<sup>13</sup> o una forma de participación especial. En mi opinión, se trata de un aumento de pena del tipo de encubrimiento del artículo 255 del CP, ya que la segunda posibilidad planteada constituiría una infracción al principio de legalidad por falta de descripción de la conducta punible.

---

<sup>12</sup> Establece este artículo:

“Incurrir en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

”1º Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.

”2º Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.

”3º Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice antes de su ejecución o durante ella.

”La disminución de pena prevista en este artículo no tiene lugar, respecto del que se encontrare en algunos de los casos especificados, cuando sin su concurso no se hubiera realizado el hecho”.

<sup>13</sup> Según el cual se sanciona con prisión de uno a cinco años la conducta de los que “después de cometido el delito penado con presidio o prisión sin concierto anterior al delito mismo y sin contribuir a llevarlo a ulteriores efectos, ayuden sin embargo, a asegurar su provecho, a eludir las averiguaciones de la autoridad o a que los reos se sustraigan a la persecución de ésta o al cumplimiento de la condena y los que de cualquier modo destruyan o alteren las huellas o indicios de un delito que merezca las antedichas penas”. Se trata de un supuesto de cooperación delictiva cuyo acuerdo se realiza posteriormente a la realización del delito principal; de allí que se considere un delito contra la administración de justicia.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 181-A confunde “delito continuado” con “delito permanente”. En efecto, cuando se habla de *delito continuado* se hace alusión a una forma legislativa de resolver, en beneficio del reo, las diversas violaciones a la misma disposición legal realizadas con el mismo propósito y, normalmente, afectándose el mismo sujeto pasivo. Se trata de diversos delitos que, por razones de política criminal, se consideran como si fueran uno, aumentándose una parte de la pena por la total realización del resto de los hechos.<sup>14</sup> En el caso de la desaparición forzada, como en otros delitos que privan de la libertad a la persona, no se está en presencia de un delito continuado sino de un *delito permanente*, es decir, aquel que, si bien se consuma en un momento determinado, la consumación se prolonga por voluntad del autor.

j. En la letra *j* se consagra el crimen de *apartheid*, tipo penal que no encuentra correlativo alguno en la legislación penal venezolana. No obstante, Venezuela ratificó tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el 4 de enero de 1969, como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, el 1 de octubre de 1982. En este último instrumento se les impone la obligación a los Estados parte de adoptar las medidas legislativas necesarias para castigar dicho delito (artículo IV). Venezuela no ha cumplido dicha obligación.

k. En cuanto a otros actos inhumanos de carácter similar a los anteriores que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, el ordenamiento jurídico penal venezolano consagra algunos tipos penales que protegen a los niños y adolescentes, los cuales pueden ser calificados de crímenes de *lesa humanidad* si se realizan de forma reiterada.

Así, la LOPNA castiga el *trabajo forzoso de niños y adolescentes*, el *tráfico de niños y adolescentes*, el *lucro por entrega de niños y adolescentes* y la *privación ilegítima de libertad de niños y adolescentes*, en sus artículos 255, 266, 267 y 268 respectivamente. El artículo 255 castiga con pena de prisión de uno a tres años a quien someta a un niño o adolescente a trabajo bajo amenaza. Por su parte, el artículo 266 sanciona con prisión de dos a seis años a quien “promueva, auxilie o se beneficie de actos destinados al envío de un niño o adolescente al exterior, sin observancia de las formalidades legales con el propósito de obtener lucro indebido”. El artículo 267 pena con prisión de dos a seis años a quien prometa o entregue un hijo, pupilo o guardado a un tercero, mediante pago o recompensa. Con igual pena se sanciona también al que ofrezca o efectúe el referido pago o recompensa. Por último, se tipifica el delito de privación ilegítima de libertad, según el cual la privación a un niño o adolescente de su libertad, “fuera de los casos que expresamente autoriza esta Ley”, será penada con prisión de seis meses a dos años. Con esta misma pena se sanciona a

---

<sup>14</sup> Supuesto regulado en el artículo 99 del CP.

quien “proceda a su aprehensión sin observar las formalidades legales y quien no ejecute de inmediato la libertad ordenada por la autoridad competente”.

### III. *Crímenes de guerra*

El artículo 474 del Código Orgánico de Justicia Militar (COJM) consagra, de conformidad con la Convención de Ginebra, los crímenes de guerra, los cuales denomina “delitos contra el derecho internacional”, supuestos que se refieren exclusivamente a los conflictos armados de carácter internacional.<sup>15</sup> Así, el citado artículo castiga con la pena de presidio de cuatro a diez años a: 1) quienes incendien, destruyan o ataquen los hospitales terrestres o marítimos y los que ataquen los convoyes de heridos o enfermos; 2) los que atenten gravemente contra los rendidos, contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por fuerzas nacionales, entreguen dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad; 3) los que atenten gravemente contra miembros de la Cruz Roja o contra el personal del servicio sanitario enemigo o neutral; 4) los que nieguen u obstaculicen la asistencia de los heridos o enfermos; 5) los que hagan uso de armas o medios que agraven inútilmente el sufrimiento de los atacados; 6) los que destruyan señales o signos necesarios en la navegación marítima, fluvial o aérea; 7) los que quebranten o violen tratados, treguas o armisticios; 8) los que minen lugares destinados al tráfico internacional, sin dar aviso previo a los neutrales; 9) los que destruyan nave enemiga rendida, apresada, sin salvar previamente la tripulación; 10) los que bombardeen lugares habitados no fortificados que no estén ocupados por fuerzas enemigas y que no opongan resistencia; 11) los que desnuden o ultrajen a los heridos, enfermos o prisioneros de guerra; 12) los que desnuden o profanen cadáveres y los que no cuiden de su inhumación, incineración o inmersión; 13) los que atenten contra los parlamentarios o los ofendan; 14) los corsarios que dispongan de buques, mercaderías u otros objetos capturados en el mar, sin previa resolución de presas; 15) los que obliguen a prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas; 16) los que destruyan en territorio enemigo o amigo templos, bibliotecas o museos, archivos, acueductos y obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otras clases, sin exigirlo las operaciones de la guerra; 17) los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos o cometan actos de violencia en las personas.

Mendoza Troconis considera que el sujeto activo de estos delitos puede ser tanto un militar como un civil, cuestión que se desprende del término “los que”.<sup>16</sup> Además, en favor del argumento anterior es de señalar que el numeral 17, a diferencia de todos

---

<sup>15</sup> En este sentido, Mendoza Troconis, *Curso de derecho penal militar venezolano*, t. I, El Cojo, Caracas, 1975, p. 316.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

los anteriores, sí exige que el sujeto activo sea militar. No obstante, si se toma en cuenta que mediante los tipos penales anteriores “se protege [...] las relaciones interestatales, tanto en tiempo de paz como cuando se desata una guerra entre las naciones, cuyas actividades se han reglamentado en Convenios y Tratados hasta establecer ‘usos de guerra’ que deben atender los beligerantes”,<sup>17</sup> considero entonces que solo a los miembros de los cuerpos militares de las partes en conflicto pueden dirigirse los mandatos establecidos en el artículo comentado.

Por otro lado, los ordinales 1° y 2° del artículo 156 del CP consagran otros tipos penales en caso de conflicto armado internacional, algunos de cuyos supuestos coinciden con los establecidos en el COJM. Así, el ordinal 1° castiga con arresto en fortaleza o en cárcel política, por tiempo de uno a cuatro años, a los “venezolanos o extranjeros que, durante una guerra de Venezuela contra otra nación, quebranten las treguas o armisticios o los principios que observan los pueblos civilizados en la guerra, como el respeto debido a los prisioneros, a los no combatientes, a la bandera blanca, a los parlamentarios, a la Cruz Roja y otros casos semejantes, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes militares, que se aplicarán especialmente en todo lo que a este respecto ordenen”. Este supuesto constituye un tipo penal totalmente abierto al permitir la punibilidad de conductas semejantes a las descritas, además de contener como conducta punible genérica la infracción de los “principios que observan los pueblos civilizados en la guerra”.

El ordinal 2° castiga con la misma pena a los “venezolanos o extranjeros que, con actos de hostilidad contra uno de los beligerantes, cometidos dentro del espacio geográfico de la República, quebranten la neutralidad de ésta en caso de guerra entre naciones extrañas”.

Todos estos tipos penales se refieren a conflictos armados de carácter internacional, y se incluyen dentro del capítulo relativo a los delitos contra el derecho internacional. En cuanto a conflictos de carácter interno, el ordenamiento jurídico-penal venezolano no contiene normas especiales que castiguen la violación a su regulación. Esto último se explica porque Venezuela, desde hace alrededor de cuarenta años, no ha sufrido un conflicto armado interno (guerra civil) que amerite el reconocimiento de la parte del conflicto distinta al Estado y el establecimiento de una regulación normativa del conflicto.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Inclusive, la última confrontación del Estado con grupos guerrilleros, durante la década de los sesenta, nunca puso en peligro cierto la estabilidad del régimen democrático venezolano, de allí lo innecesario de reconocerles personalidad a esos grupos armados. Dichos conflictos solamente ameritaron una reforma del Código Penal venezolano para aumentar las penas e incluir algunos tipos penales para perseguir dichas actividades.

#### IV. Crimen de agresión

Utilizando la definición del Drafting Committee, se entiende por crimen de agresión el “uso de fuerzas armadas por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otra manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas”.<sup>19</sup> Al respecto cabe señalar que el ordenamiento jurídico penal venezolano no contempla una sanción para actos de esta clase, y mucho menos una sanción penal al Estado como tal. No obstante, las personas que puedan estar involucradas en los actos de agresión, sean o no funcionarios públicos, podrían ser sancionadas de conformidad con lo establecido en los artículos 154 y 155 del CP. Así, el artículo 154 castiga con una pena de tres a seis años de arresto en fortaleza o cárcel política a los “venezolanos o extranjeros que en Venezuela recluten gente o acopien armas, o formen juntas o preparen expediciones o salgan del espacio geográfico de la República en actitud hostil para acometer o invadir el de una Nación amiga o neutral”. Con igual pena a la anterior se sanciona a los “venezolanos o extranjeros que en Venezuela construyan buques, los armen en guerra o aumenten sus fuerzas o pertrechos, su dotación o el número de sus marineros para hacer la guerra a una Nación con la cual esté en paz la República”. Por su parte, dispone el artículo 155 del CP que las penas señaladas en el artículo 154 “se aumentarán en una tercera parte si los actos hostiles contra la nación amiga o neutral han expuesto a Venezuela al peligro de una guerra internacional o han hecho romper las relaciones amistosas del Gobierno de la República con el de aquella Nación”. Y, además, dichas penas se duplicarán “si por consecuencia de los actos mencionados se le ha declarado la guerra a la República”.

Los anteriores delitos se encuentran ubicados en el capítulo del CP referido a los delitos contra el derecho internacional; sin embargo, de acuerdo con la doctrina dominante venezolana, se protege el derecho internacional en la medida en que la infracción a este afecte directamente a Venezuela.<sup>20</sup> Desde mi punto de vista, los tipos pena-

---

<sup>19</sup> Cit. por Ambos, “Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional”, en Varios autores, *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1998, p. 18.

<sup>20</sup> De allí la opinión según la cual los referidos tipos penales no constituyen delitos contra el derecho internacional. Así, Leu sostiene que estos delitos no atentan contra el derecho internacional sino contra la independencia y seguridad de la nación, ya que la impunidad de los actos hostiles pudiera “desencadenar, por el Estado agraviado, las consecuencias jurídico-internacionales autorizadas” (*Introducción al derecho internacional penal*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1982, pp. 106 y 107. Igual opinión del autor en “Sobre los delitos contra el derecho internacional”, en Varios autores, *Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980, p. 474). En sentido similar considera Febres Cordero que se protege el “interés de evitar esa mera posibilidad de exposición al peligro de guerra internacional o de rompimiento de relaciones normales internacionales” (o. cit., p. 80). Según Mendoza, no se protege al Estado extranjero sino al propio país de una represalia o réplica igual (*Curso de derecho penal venezolano*, o. cit., p. 164). Godoy Fonseca considera este hecho como un delito político cuyas consecuencias

les señalados no protegen el derecho internacional como tal sino la seguridad externa de la República. En efecto, el capítulo señalado a su vez se ubica dentro del genérico título I de la parte especial del CP, el cual se denomina “De los Delitos contra la Independencia y la Seguridad de la Nación”; por lo tanto, este constituye el bien jurídico fundamental protegido por los comentados tipos penales. Establecido lo anterior, y teniendo presente que se protege la seguridad externa de Venezuela, considero que el tipo penal contenido en el artículo 154 constituye un tipo que protege el mencionado bien jurídico mediante la forma de peligro abstracto, mientras que el primer supuesto establecido en el artículo 155 configura un tipo de peligro concreto, y el último supuesto del artículo 155, al referirse a la existencia de una guerra con Venezuela, contempla un tipo de lesión del bien jurídico señalado (seguridad externa de la República).

#### V. *Otros tipos penales de derecho penal internacional dentro del derecho nacional*

Aparte de los tipos anteriores, entre los crímenes contra el derecho penal internacional consagrados en la legislación interna venezolana, el artículo 153 del CP contempla el delito de *piratería*,<sup>21</sup> según el cual los “venezolanos o extranjeros que cometan actos de piratería serán castigados con presidio de diez a quince años”. Agrega el segundo párrafo que también incurren en piratería “los que, rigiendo o tripulando un buque no perteneciente a la Marina de Guerra de ninguna nación, ni provisto de patente de corso debidamente expedida, o haciendo parte de un cuerpo armado que ande a su bordo, ataquen otras naves o cometan depredaciones en ellas o en los lugares de la costa donde arriben, o se declaren en rebelión contra el Gobierno de la República”.

El tipo penal señalado no define en qué consiste la piratería, lo cual ha llevado a que algún sector de la doctrina penal venezolana considere como tal “todo acto de violencia en mar abierto”.<sup>22</sup> El comentado tipo penal es de vieja data; de allí la alusión a la figura de la “patente de corso”.<sup>23</sup>

---

se realizarán en el extranjero (*Comentarios al Código Penal venezolano*, Tipografía Americana, Caracas, 1930, p. 199). Posición un tanto distinta es la de Grisanti Aveledo, para quien el bien jurídico protegido por este tipo penal es la amistad y paz entre las naciones (o. cit., p. 1164).

<sup>21</sup> Leu sostiene que la piratería no constituye un delito de derecho internacional, aunque reconoce su evidente relación con este (*Introducción...*, o. cit., pp. 104 y ss., y “Sobre los delitos...”, o. cit., p. 469).

<sup>22</sup> Mendoza Troconis, *Curso de derecho penal venezolano*, o. cit., p. 160.

<sup>23</sup> Patente de corso “es la autorización que un particular recibe de un gobierno para perseguir y apresar buques enemigos. El corsario tiene una participación en el botín que se obtenga por el apresamiento de los barcos, pero debe actuar conforme a las leyes de la guerra. Por consiguiente, si es apresado, no se le considera como pirata sino como prisionero de guerra” (Febres Cordero, o. cit., p. 77). A continuación este autor expresa, citando a Rafael Seijas, que el Congreso de París de 1856 “suprimió el corso. Venezuela no quiso adherirse a la Declaración [...] y renunciar al derecho de expedir patentes de corso” (sobre las razones para ello, véase *ibidem*).

Otro tipo penal que el Código califica de delito “contra el Derecho Penal Internacional” es el de “violación de Tratados Internacionales” contemplado en el ordinal 3º del artículo 156 del CP. Según esta disposición, incurren “en pena de arresto en Fortaleza o Cárcel Política por tiempo de uno a cuatro años [...]: 3º. Los venezolanos o extranjeros que violen las Convenciones o Tratados celebrados por la República, de un modo que comprometa la responsabilidad de ésta”.<sup>24</sup> Este tipo penal también constituye un tipo totalmente abierto ya que, literalmente, hace referencia a cualquier violación a un tratado internacional de tal manera que se comprometa la responsabilidad de la República. No obstante, el resto de los ordinales contenidos en el señalado artículo 156 se refieren a crímenes de guerra,<sup>25</sup> de allí que el ordinal 3º comentado pueda interpretarse en el sentido de que se castiga el quebrantamiento de *tratados de paz celebrados por la República*.<sup>26</sup> En cuanto al sujeto activo de este tipo penal, debe tratarse de un funcionario público,<sup>27</sup> ya que solo la actuación de personas que ostenten tal condición puede comprometer la responsabilidad del Estado en el plano internacional.

## C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

### I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

En relación con los crímenes internacionales deben distinguirse dos supuestos. Si el delito internacional, tipificado por la ley penal venezolana, se comete en territorio nacional, rige el *principio de territorialidad* consagrado en el artículo 3 del CP, el cual establece la aplicación de la legislación penal venezolana a todo delito o falta cometido en el territorio de la república. La doctrina venezolana sostiene que dicho principio de territorialidad se explica por razones políticas (el derecho penal es una emanación de la soberanía que solo puede ejercerse dentro de los límites del territorio), por razones de orden represivo y preventivo (es justo y conveniente que en el lugar de comisión del delito se juzgue y castigue a la persona que lo haya perpetrado para que de esta manera se repare el daño a la tranquilidad pública) y por razones de orden procesal (es en el lugar de comisión del hecho punible donde probablemente se encontrará el mayor número de pruebas necesarias para el desarrollo del proceso penal).<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Críticamente en relación con este tipo penal, Leu, *Introducción...*, o. cit., pp. 108 y ss., y “Sobre los delitos...”, o. cit., pp. 475 y ss.

<sup>25</sup> Así, el ordinal primero del artículo 156 castiga el quebrantamiento de treguas y armisticios, mientras que el ordinal segundo sanciona penalmente el quebrantamiento de la neutralidad de la República.

<sup>26</sup> En sentido similar, Febres Cordero, o. cit., p. 84.

<sup>27</sup> Así, Mendoza Troconis, *Curso de derecho penal venezolano*, o. cit., p. 174.

<sup>28</sup> Hernando Grisanti Aveledo, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Vadell, Valencia, 1981, p. 72. Jorge Sosa Chacín considera que este principio es derivación directa de la soberanía del Estado (*Derecho penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, t. I, pp. 426 y 427).

Aparte del principio de territorialidad, y relacionado con los crímenes internacionales, el artículo 4 del CP consagra el *principio de justicia mundial o universalidad*. Dicho principio, en mi opinión, se aplica en sentido estricto a los supuestos establecidos en el ordinal 9° y en los numerales 10 y 13 del citado artículo 4. Así, el ordinal 9° establece el supuesto de aplicación de la ley penal venezolana en el caso de venezolanos o extranjeros que en alta mar cometan actos de “piratería u otros delitos que el Derecho Internacional califica de atroces o contra la humanidad”. Aunque dicho supuesto permite la aplicación de la legislación venezolana a delitos calificados “contra la humanidad” por el derecho internacional, implica también que el delito “contra la humanidad” esté previsto en la legislación venezolana o exista en ella un tipo correlativo aplicable. Por otra parte, en este supuesto se exige, como requisito de procedibilidad, que los que cometan el hecho hayan venido al territorio del país de forma voluntaria; por lo tanto, no cabría la solicitud de extradición por el Estado venezolano en este caso. Por último, el hecho de que dicho numeral aluda a “los que cometan el hecho” podría dar a entender que solo a los autores se les puede aplicar la legislación venezolana; sin embargo, debe interpretarse el verbo *cometer* en un sentido teleológico-valorativo, en virtud de lo cual también los partícipes “cometen” el hecho, en el sentido de “realizar” el tipo penal, precisamente el tipo de participación.

Los otros dos supuestos de aplicación del principio de universalidad, como se ha mencionado, son los establecidos en los numerales 10 y 13 en virtud de los cuales se aplica la ley venezolana a los “venezolanos que dentro o fuera de la República tomen parte en la trata de esclavos” (numeral 10) y a “los Jefes, Oficiales y demás individuos de un ejército, en razón de los hechos punibles que cometan en marcha por espacio geográfico extranjero neutral, contra los habitantes del mismo” (numeral 13). Con relación al supuesto del numeral 10, al exigirse la nacionalidad venezolana en el sujeto activo, podría pensarse que este constituye un caso de aplicación del principio de personalidad o nacionalidad. En cambio, el numeral 13 prevé un supuesto de aplicación estricta del principio de universalidad al no aludir a la nacionalidad del sujeto activo.

## ***II. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución***

La legislación procesal penal venezolana no contiene disposiciones legales especiales que se apliquen a la persecución de crímenes internacionales; por lo tanto, se regirá por los principios legales y constitucionales establecidos para todo proceso penal.<sup>29</sup> En tal sentido, el artículo 11 del COPP establece que el Ministerio Público siempre debe ejercer la acción penal “salvo las excepciones legales”. Dentro de las excepciones legales al referido principio de obligatoriedad de la acción penal dispone

---

<sup>29</sup> En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (STS) del 9 de diciembre de 2002 en Sala Constitucional (ponencia de Delgado Ocando) estableció que la investigación de delitos de lesa humanidad se realizará conforme a lo dispone el COPP.

el artículo 37 del COPP una serie de casos en los cuales el fiscal del Ministerio Público puede disponer de la acción penal.<sup>30</sup> Así, el fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al juez de control autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los siguientes supuestos: 1) cuando se trate de hechos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo que el máximo de la pena exceda los tres años de privación de libertad, o hayan sido cometidos por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; 2) cuando sea de poca relevancia la participación del imputado en la perpetración del hecho, salvo que se trate de un delito cometido por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; 3) en el supuesto de delitos culposos en los cuales el imputado, a consecuencia del hecho, haya sufrido un daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; 4) si la pena o medida de seguridad “que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde [carece] de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero”. Como puede apreciarse, dentro de los mencionados supuestos no se incluyen los crímenes internacionales; por el contrario, la gravedad de esos crímenes los excluiría de la facultad de disposición de la acción penal del fiscal del Ministerio Público.

Sin embargo, el artículo 39 del COPP añade un supuesto al principio de oportunidad en virtud del cual se permite al Ministerio Público disponer de la acción penal en el caso de “delincuencia organizada o delitos violentos”. Así, de acuerdo con el primer párrafo de esta norma, “el fiscal del Ministerio Público solicitará al juez de control autorización para suspender el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la pena que corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o continuación evita”.<sup>31</sup> Este supuesto adicional sería aplicable al caso de colaboración

---

<sup>30</sup> Se trata del llamado *principio de oportunidad de la acción penal*. Sobre este principio en la legislación venezolana cf. José Saín Silveira, “El principio de oportunidad”, en Varios autores, *La aplicación efectiva del COPP. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 61 y ss. Igualmente, cf. Eric Sarmiento Pérez, *Manual de derecho procesal penal*, Vadell, Caracas, 2002, pp. 93 y ss. —especialmente p. 98—; también, del mismo autor, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Vadell, Valencia-Caracas, 2002, pp. 48 y ss.

<sup>31</sup> Sobre el fundamento político-criminal del principio de oportunidad consagrado en este artículo, cf. Sarmiento Pérez, *Manual...*, o. cit., pp. 94 y ss. —especialmente p. 98—, y “Comentarios...”, o. cit., p. 51.

en la investigación de crímenes internacionales, bien porque estos se entienden como delitos violentos, bien porque se realizan mediante una estructura organizada.<sup>32</sup> Inclusive, respecto al delito de desaparición forzada de personas, el propio artículo 181-A del CP contempla la posibilidad de que a quienes hayan participado en actos de esta clase se les rebaje la pena en dos terceras partes si contribuyen a la reparación con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada.

Por su parte, el COJM dispone en el artículo 163 que el fiscal militar no puede iniciar ninguna averiguación de los hechos sin la orden de apertura previamente dictada por la autoridad competente representada por el presidente de la República, el ministro de la Defensa, los jefes de regiones militares, los comandantes de guarnición, los comandantes de teatros de operaciones y los jefes de unidades militares en campaña. Como puede apreciarse, solo funcionarios militares, los cuales forman parte del Poder Ejecutivo, pueden ordenar el inicio de la averiguación por delitos militares, lo que obviamente puede perjudicar la persecución de los crímenes de guerra previstos en el COJM.

## D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

### I. *Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma*

A los fines del siguiente análisis debe señalarse que la parte general del Código Penal venezolano se aplica tanto a los delitos consagrados en el propio texto legislativo como a los establecidos en la legislación especial, salvo que esta disponga lo contrario (v. g. el COJM).

1. El encabezamiento del artículo 61 del CP exige como condición para la responsabilidad del autor que este haya tenido “la intención de causar el hecho” (principio de responsabilidad por dolo), “excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”.<sup>33</sup>

Lo anterior conduce a preguntar si el término *intención* abarca todas las formas posibles de *dolo*, específicamente el dolo eventual. Desde mi punto de vista, solo si se adopta la llamada teoría del consentimiento<sup>34</sup> puede considerarse que el dolo eventual también constituye una intención en el sentido de “aceptar” el hecho.<sup>35</sup> Por otra parte, la

<sup>32</sup> En tal sentido la STS citada (véase nota 29), de conformidad con lo establecido en el Estatuto, ha exigido como una de las condiciones de existencia de los crímenes de lesa humanidad que estos se realicen mediante estructuras organizadas.

<sup>33</sup> Este artículo es similar al 396 del COJM; de allí que en relación con este valen las consideraciones que siguen.

<sup>34</sup> Al respecto, cf. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, C. H. Beck, Múnich, 1997, pp. 378 y ss.

<sup>35</sup> Arteaga Sánchez acepta que dentro del término *intención* del artículo 61 del CP cabe el dolo eventual, pero con otra argumentación (*La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Uni-

jurisprudencia venezolana ha reconocido la existencia del llamado dolo eventual, aunque le ha atribuido una pena menor que la del dolo directo por considerar que se trata de un componente subjetivo intermedio entre el dolo directo y la culpa.<sup>36</sup>

2. En cuanto a los *delitos culposos*, del mismo artículo 61 se deriva que estos pueden ser sancionados solo cuando expresamente lo establezca la ley (sistema del *numerus clausus*), cuestión que queda reflejada en la frase “excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”.<sup>37</sup> Además, la fórmula que ha utilizado el legislador para referirse a los delitos culposos alude a que la conducta se realice por “imprudencia, negligencia, impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de las órdenes o instrucciones”.<sup>38</sup>

Partiendo de lo anterior, y analizando los crímenes internacionales expresamente reconocidos por nuestra legislación, se concluye que ninguno de ellos puede ser cometido de forma culposa. No obstante, como se ha señalado, algunas de las conductas sancionadas en el Estatuto pueden ser castigadas mediante los tipos comunes establecidos en el Código Penal, y este sanciona penalmente la forma culposa de los delitos de homicidio (artículo 411) y lesiones (artículo 422).

Por su parte, la punibilidad de los delitos contra el derecho internacional contemplados en el COJM (crímenes de guerra) se limita a la forma dolosa.

3. En relación con el *error*, debe advertirse que el artículo 61 del CP, al exigir el dolo para la responsabilidad penal, otorga, por argumento en contrario, relevancia al error de tipo (falta de dolo). En cuanto al error de prohibición, el artículo 60 del CP establece que la ignorancia de la ley no excusa ningún delito o falta.<sup>39</sup> Dicho artículo ha planteado el problema relativo a si el ordenamiento jurídico penal venezolano reconoce la relevancia del error de prohibición. Personalmente considero que sí es relevante, ya que el *conoci-*

---

versidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 134; del mismo autor, *Derecho penal venezolano*, McGraw Hill, Caracas, 2001, pp. 245 y 246).

<sup>36</sup> Véase, STS n° 1.703, Sala de Casación Penal, del 21 de diciembre de 2000 (ponencia de Angulo Fontiveros). Esta sentencia incurre en un grave error al crear, para el caso del dolo eventual, un tipo penal no establecido en la ley, resultado de aplicar el límite mínimo de la pena establecida para el delito doloso y el límite máximo de la pena establecida para el delito culposo. En efecto, si bien no es descabellado sostener que el dolo eventual puede dar lugar a una atenuación de pena, considero que la vía correcta, en caso de adoptarse esa posición, es aplicar al tipo de doloso respectivo la atenuante genérica contemplada en el ordinal cuarto del artículo 74 del CP. Por otra parte, tal “mixture”, que crea un tipo autónomo de *dolo eventual*, conduce a sostener que esta forma subjetiva presupone la existencia en la ley de un tipo culposo; por lo tanto, no habría dolo eventual, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, al no existir el tipo culposo correspondiente.

<sup>37</sup> Expresión que repite el artículo 396 del COJM.

<sup>38</sup> Así, Arteaga Sánchez, *Derecho penal...*, o. cit., nota 35, p. 259.

<sup>39</sup> En igual sentido establece el artículo 5 del COJM que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad.

*miento de la ley* y el *conocimiento de la prohibición* constituyen asuntos distintos, a tal punto que puede que no se conozca la ley y en cambio se conozca que el hecho está prohibido.<sup>40</sup>

En cuanto a las consecuencias del error de prohibición, debe admitirse la solución sostenida por la teoría de la culpabilidad, según la cual, si el error de prohibición es vencible, se mantiene el tipo doloso, pero se atenúa la pena por menor reproche culpabilístico, atenuación que cabe perfectamente en el supuesto previsto en el numeral 4 del artículo 74 del CP, el cual hace referencia a “cualquier otra circunstancia de igual entidad que, a juicio del Tribunal, aminore la gravedad del hecho”.<sup>41</sup>

4. Sobre el *delito imperfecto*, contempla el CP en su artículo 80 las figuras de la *tentativa* y la *frustración*. La primera se realiza cuando, “con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución, por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes a su voluntad”. Por su parte, existe delito frustrado “cuando alguien ha realizado con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad”.<sup>42</sup>

La punibilidad de las formas típicas señaladas se establece en el artículo 82, según el cual en el caso de delito frustrado la pena se rebajará en una tercera parte de la que hubiera debido imponerse atendidas todas las circunstancias. Por su parte, la tentativa implica una rebaja de la mitad a dos terceras partes de la pena. La parte final del citado artículo 82 deja abierta la posibilidad de que alguna disposición especial de la ley disponga lo contrario.

Con relación al *desistimiento*, el artículo 81 del CP establece que, si “voluntariamente desiste el agente de continuar en la tentativa, sólo incurre en pena cuando los actos ya realizados constituyan, de por sí, otro u otros delitos o faltas”. Nótese que el artículo citado solamente hace alusión al desistimiento de la tentativa, aludiendo a la continuación de la tentativa, sin referirse al desistimiento de la frustración. Por lo tanto, interpretando exegéticamente la anterior disposición, habría que concluir que el desistimiento de la frustración siempre será punible y no tendría relevancia. Sin embargo, considero que la relevancia del desistimiento de la frustración se desprende del propio artículo 80, que al hacer alusión a la falta de consumación del hecho por causas independientes a la voluntad del agente acepta por argumento en contrario la falta de punibilidad en los casos en que la consumación no se realice por causas *dependientes de la voluntad del agente*. El artículo 388 del COJM contiene una disposición menos problemática al referirse al “desistimiento del acto delictuoso”.

---

<sup>40</sup> Cfr. Modolell González, “La problemática del error en materia penal-tributaria”, en Varios autores, *Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios. VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 435.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Disposiciones iguales son las establecidas en los artículos 386 y 387 del COJM.

5. En cuanto a las formas de *autoría* y *participación*, cabe señalar que la legislación penal venezolana no contiene disposiciones especiales que se refieran a los crímenes internacionales, razón por la cual son aplicables las disposiciones generales que al respecto establece el Código Penal en sus artículos 83 y 84. Así, el artículo 83 dispone en su encabezamiento que “Cuando varias personas concurren a la ejecución de un hecho punible, cada uno de los perpetradores [...] queda sujeto a la pena correspondiente al hecho perpetrado”. Se trata de la única referencia a la autoría, lo cual podría llevar a pensar que para el legislador penal venezolano sólo quien ejecuta materialmente el hecho (perpetrador) es autor. Sin embargo, consideramos que el término *perpetrador* debe entenderse como aquel que “realiza el tipo”. Por lo tanto, de acuerdo con esta interpretación, también *realizan* el tipo penal el coautor y el autor mediato.

Por otra parte, el CP distingue cuatro formas de participación criminal: el cooperador inmediato, el inductor, el cómplice necesario y el cómplice simple. El legislador no define al cooperador inmediato, aunque expresa que este será castigado con la misma pena que el perpetrador (artículo 83 en su encabezamiento). Desde mi punto de vista, cooperador inmediato es aquel partícipe cuyo aporte es esencial *in concreto* para la realización del tipo y se encuentra en una relación de inmediatez espacio-temporal con el hecho del autor.<sup>43</sup>

El inductor se define en el párrafo final del citado artículo 83, al establecer la misma pena quien “ha determinado a otro a cometer el hecho”.

(En cuanto a las formas de complicidad, véase la nota número 12.)

Por su parte, el COJM establece un régimen distinto de autoría y participación para los delitos consagrados en su texto, entre los cuales se encuentran los crímenes de guerra. En tal sentido, el artículo 389 contempla las siguientes formas de intervención en el delito: 1) autores o cooperadores inmediatos, 2) cómplices y 3) encubridores. El artículo 390 considera autores a los que “directamente toman parte en la ejecución del hecho”, a los que “obligan o inducen a otro a ejecutarlo” y, por último, a los que “cooperen en su ejecución por un acto sin el cual no se habría consumado el hecho”. La única forma de autoría propiamente dicha es el autor por propia mano aludido en primer lugar. Las otras dos formas (inducción y cooperación inmediata) no constituyen tipos de autoría, ya que el inductor o el cooperador no tienen el dominio del hecho. En mi opinión, lo que quiso hacer el legislador fue castigar estos supuestos con la misma pena del autor, como lo prevé el CP, pero erróneamente denominó *autores* a quienes en sentido estricto no lo son.

---

<sup>43</sup> Para Arteaga, los cooperadores inmediatos “prestan su colaboración en forma que podemos calificar de esencial e inmediata en la ejecución del delito, de manera que podemos apreciar que su comportamiento como partícipes se compenetra o se vincula en forma muy estrecha con la conducta del ejecutor, lo que nos lleva a considerar en la realidad de los casos que, aunque no ejecutan los actos típicos, en virtud de tal identificación o compenetración con la acción de los autores, deben ser sancionados con la misma pena correspondiente a éstos” (*Derecho penal...*, o. cit., pp. 385 y 386).

El artículo 391 del COJM establece como forma de complicidad la cooperación a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, fuera de los casos de autoría mencionados en el artículo 390. Igualmente, el citado artículo considera cómplice a quien, faltando a sus deberes militares, no haya tratado de impedir o conjurar por todos los medios a su alcance la perpetración de la infracción, o todo aquel que no haya dado cumplimiento al deber de genérico de denunciar la preparación o comisión de los delitos militares de los cuales tenga conocimiento, deber establecido en el artículo 170 del COJM.

A diferencia del CP, el COJM (artículo 392) tipifica el encubrimiento como una forma de participación delictiva y no como delito autónomo contra la administración de justicia. Así, según lo establecido en el artículo citado, el encubrimiento supone que el encubridor, con conocimiento de la perpetración del hecho y sin haber tenido participación en él como cómplice, intervenga con posterioridad al hecho, mediante las siguientes conductas: “1. Aprovechándose por sí mismo o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del hecho. 2. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del hecho delictuoso, para impedir su descubrimiento. 3. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del delincuente”.

6. Sobre la *omisión*, deben distinguirse dos supuestos. El Código Penal castiga expresamente los tipos de omisión pura, dentro de los cuales no incluye los crímenes internacionales. En cuanto a la omisión impropia (comisión por omisión), la ley penal venezolana no incluye ninguna norma general que determine las fuentes de posición de garante; por lo tanto, la punibilidad solo puede hacerse por vía de una interpretación extensiva del tipo, salvo aquellos supuestos expresamente tipificados mediante la estructura de la comisión por omisión, como es el caso de la desaparición forzada de personas (artículo 181-A del CP), comentado anteriormente.<sup>44</sup>

7. En relación con la *responsabilidad especial del superior jerárquico*, el COJM contiene una disposición general que lo responsabiliza cuando el delito se comete por orden de servicio. Así, según el primer párrafo del artículo 394, cuando “se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en el cual serán responsables todos los concertados”. La primera parte de la referida disposición debe entenderse en el sentido de que la orden de servicio no sea manifiestamente inconstitucional, ya que en tal caso nunca excusaría, o justificaría, a quien la ejecute. Por otra parte, la alusión al concierto previo se entiende como una referencia a la coautoría y a cualquier modalidad de participación criminal, por lo que debe determinarse en el caso concreto el respectivo grado de participación a los fines de distinguir la pena aplicable.

---

<sup>44</sup> Otro caso expreso de comisión por omisión reconocido por nuestra legislación penal es el previsto en el segundo párrafo del artículo 437 del Código Penal, el cual contempla el delito de abandono de niño o persona incapaz de proveer a su propia salud, seguido de muerte o grave daño a la persona o a su salud.

El citado artículo 394 del COJM agrega un segundo párrafo en virtud del cual el subordinado, fuera del caso de concierto previo con el superior señalado anteriormente, “será responsable como cómplice, si se hubiere excedido en su ejecución, o si tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no lo hubiere así advertido al superior, de quien recibe la orden”. La parte final de esta disposición contradice lo establecido en la primera parte del artículo 394, ya que, si el subordinado nota que la orden constituye un delito y sin embargo la ejecuta, debe ser sancionado como coautor.

8. El artículo 65 del CP, ordinal 2º, consagra como causa de exclusión de la pena el obrar en virtud de *obediencia legítima y debida*, supuesto en el cual, “si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal”. Igualmente, establece el artículo 397 del COJM, numeral 1, que no es punible quien “obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior”, y en el numeral 3 del mismo artículo se establece la no punibilidad cuando se obra “en virtud de obediencia legítima y debida, siempre que sea ejecutada la orden en los términos en que fue recibida”, y se agrega que para la determinación del “grado de culpabilidad en la ejecución de las órdenes, éstas deben ser dadas por escrito, salvo imposibilidad debidamente comprobada”.

En relación con lo anterior, la doctrina penal plantea dos posiciones interpretativas distintas. Según la primera, basta que la orden tenga *apariencia de legalidad* para que ella ampare al inferior jerárquico, caso en cual se estará ante una causa de justificación (teoría de la apariencia).<sup>45</sup> Una segunda posición exige la legitimidad intrínseca del acto para que ello pueda justificar al inferior.<sup>46</sup> Desde mi punto de vista, la alusión al carácter escrito de la orden, según lo establece el numeral 3 comentado, conduce a sostener que la legislación militar venezolana se pronuncia por la teoría de la apariencia.

9. En cuanto a la regulación de la *legítima defensa*, las normas generales, establecidas en el ordinal 3º del artículo 65 del CP, disponen que no es punible quien obre en legítima defensa de su propia persona o derecho, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: 1) agresión ilegítima; 2) necesidad del medio empleado para impedir o repeler el ataque; y 3) falta de provocación suficiente por parte del que pretenda haber obrado en defensa propia.<sup>47</sup> A diferencia de la regulación contenida en el Estatuto, no se contempla en Venezuela la legítima defensa de derechos de terceros, lo cual, sin embargo, no ha sido obstáculo para encuadrarla en otra causa de justificación legal.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Al respecto, cf. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, pp. 504 y ss.

<sup>46</sup> Así, Arteaga, *Derecho penal...*, o. cit., pp. 211 y 212.

<sup>47</sup> El COJM repite estas condiciones en el numeral 7 del artículo 397.

<sup>48</sup> Concretamente, en el supuesto de ejercicio legítimo de un derecho (ibídem, pp. 186 y 187).

Por otra parte, tanto el CP como el COJM equiparan a la legítima defensa el caso del agente que, en estado de incertidumbre, temor o terror, traspase los límites de la defensa (error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación).

10. En cuanto al *estado de necesidad*, establece el CP, en el ordinal 4º del artículo 65, que no es punible quien “obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo”. A diferencia de la regulación establecida en el Estatuto, parecería admitirse el estado de necesidad solo para salvar la propia persona, es decir, la vida, y no la integridad corporal.

El COJM consagra el estado de necesidad en el numeral 2 del artículo 397, según el cual no es punible quien “ejecuta el hecho impedido por la necesidad de evitar un mal mayor inminente, al cual no hubiere dado causa voluntariamente”. Este supuesto es más amplio que el establecido en el CP, ya que se refiere, en general, a impedir un mal inminente, sin exigir que este sea contra su persona o la de otro. Además, esta última circunstancia (evitar un mal mayor) conduce a concluir que el estado de necesidad del COJM solo contempla el estado de necesidad justificante.

11. La legislación penal interna venezolana no establece una *edad especial de imputabilidad* para crímenes internacionales; por lo tanto, rigen las disposiciones establecidas en la LOPNA, según las cuales el adolescente “que incurra en la comisión de hechos punibles responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada del adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone” (artículo 528). Al respecto cabe señalar que adolescente es la persona que tenga doce años o más y menos de dieciocho años (artículo 2 de la LOPNA). Por debajo de esa edad la persona se considera un niño, al cual no se le pueden aplicar medidas represivas de ningún tipo sino exclusivamente medidas de protección (artículo 532 de la LOPNA).

12. El CP no establece reglas especiales de *determinación de la pena* para crímenes internacionales; en consecuencia, son aplicables las normas generales respectivas, concretamente el artículo 37, según el cual, cuando la ley penal castiga un delito o una falta con pena comprendida entre dos límites, “se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad”. La pena así establecida se reducirá hasta el límite inferior o se aumentará hasta el superior “según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie”.

No obstante, cuando así lo disponga expresamente la ley, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, “y también se traspasará uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja del mismo se fijaren tam-

bién dos límites, el Tribunal hará dentro de éstos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho”. En todos estos casos, la pena no podrá sobrepasar el máximo de treinta años establecido en el artículo 94 del CP.<sup>49</sup>

Se trata de un sistema totalmente matemático que dificulta muchas veces la concreción de la pena a las características personales del reo.

13. La legislación penal venezolana, específicamente la parte general del Código Penal, es incompatible con la adopción de una posible *responsabilidad penal de la persona jurídica* por crímenes internacionales, y en general respecto a cualquier delito.<sup>50</sup>

14. En cuanto a las *inmunidades* que puedan impedir el castigo de crímenes internacionales, Venezuela solo reconoce como auténtica exclusión de responsabilidad penal la llamada inviolabilidad parlamentaria, según la cual los miembros de la Asamblea Nacional no responden en ningún tiempo por delitos cometidos mediante votos u opiniones emitidos en ejercicio de sus funciones (artículo 199 de la CN). Este supuesto de exclusión de la responsabilidad penal alude a delitos cometidos mediante la palabra; por consiguiente, no se aplica a crímenes internacionales.

Sin embargo, la CN reconoce a una serie de altos funcionarios privilegios de carácter procesal, concretamente, el antejuicio de mérito que debe ser ejercido ante el Tribunal Supremo de Justicia, un fuero especial de enjuiciamiento en virtud del cual dichos funcionarios solo podrán ser juzgados ante el propio Tribunal Supremo, y la necesidad del ejercicio previo de la querrela por parte del fiscal general de la República. Entre los funcionarios que gozan de este privilegio se encuentran el presidente de la República,<sup>51</sup> el vicepresidente, los ministros, los miembros de la Asamblea Nacional, los gobernadores de estado, etc. (artículo 266 de la CN, numerales 1 y 2). En este sentido, la Constitución venezolana de 1999 representa un retroceso respecto a la Constitución de 1961, ya que extiende los citados privilegios a altos oficiales de la Fuerza Armada nacional, específicamente generales y almirantes (artículo 266 de la CN, numeral 3).

Recientemente el Tribunal Supremo de Justicia ha confirmado la exigencia del antejuicio de mérito para altos funcionarios en el caso de enjuiciamiento por delitos de *lesa humanidad*. Así, ante un recurso de interpretación del artículo 29 de la CN

---

<sup>49</sup> Esta disposición se copia casi textualmente en el COJM, concretamente en sus artículos 414 y 415.

<sup>50</sup> Al respecto, cf. Modolell González, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, n° 15, Caracas, 1996, pp. 60 y ss. No obstante, en algunas leyes especiales se ha intentado establecer una responsabilidad penal de la persona jurídica (Ley Penal del Ambiente, LOSEP, etcétera); sin embargo, he considerado que dichas sanciones tienen naturaleza administrativa (ibidem, pp. 65 y ss.).

<sup>51</sup> Quien previa querrela del fiscal general de la República, y una vez declarada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la existencia de méritos para enjuiciarlo, tiene un privilegio adicional como es la autorización de la Asamblea para su enjuiciamiento (artículo 266 de la CN, numeral 2).

—el cual, como ya se mencionó, establece que los delitos de lesa humanidad “quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”—, sostuvo dicho Tribunal:

[...] Por lo que concierne a la prohibición de beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, el mismo Constituyente aclara el sentido que pretende asignarle a los mismos cuando expresamente incluye el indulto y la amnistía dentro de dichos beneficios. En efecto y por cuanto estas dos instituciones, tal como se apuntó, extinguen la acción penal dirigida a castigar una determinada conducta delictiva y/o hacen cesar la condena y sus efectos, se prohíbe su aplicación ante la gravedad que implica las violaciones a los derechos humanos [...] La Sala observa, sin embargo, conforme a lo decidido por ella en su Sentencia n° 1472/2002 del 27 de junio, que no es oponible *stricto sensu* el contenido del artículo 29 constitucional a las fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena (suspensión condicional [artículos 42 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal], suspensión condicional de la ejecución de la pena, fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y la redención judicial de la pena por el estudio y el trabajo —Libro Quinto, Capítulo Tercero *eiusdem*—), pues tales fórmulas no implican la impunidad [...] Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Caso *Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001). Es decir, existe imposibilidad material en la aplicación de aquellas normas dictadas con posterioridad a la ocurrencia de hechos de esta naturaleza, con la intención de vedar u obstaculizar su esclarecimiento, identificar y juzgar a sus responsables e impedir a las víctimas y familiares conocer la verdad y recibir la reparación, si a ello hubiere lugar [...] Lo considerado hasta ahora impone analizar si el antejuicio de mérito, respecto del juzgamiento de los Altos Personeros del Estado, que gozan tal prerrogativa, constituye un beneficio procesal que pueda conllevar a la impunidad [...] El antejuicio de mérito es una institución procesal constitucional cuyo objeto fundamental, previo a un procedimiento, es determinar si existe una “*causa probable*” que permita autorizar el enjuiciamiento (juicio de fondo) de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo régimen jurídico tiene como orden sistemático y jerarquizado a la Constitución, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal [...] Esta institución debe conservar, en su dimensión, el ejercicio por parte del *sub júdice* de sus derechos fundamentales, a fin de evitar nulidades o reposiciones innecesarias, en garantía, más que de los sujetos procesales, de la sociedad y sus valores éticos y políticos [...] La entonces Corte Suprema de Justicia, al analizar la figura del antejuicio de mérito, en su sentencia del 25.06.92, recaída en el caso: *Antonio Ríos* estableció que dicha figura no constituye sino una *etapa previa al posible enjuiciamiento* de aquellos funcionarios respecto de los cuales la ley fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento evita el entorpecimiento producido por la instrucción de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que tiene como fin último, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá oportunidad para invocar la garantía de la presunción de inocencia [...] El antejuicio de mérito no implica, en modo alguno, la

búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente tal, tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, para establecer si de los hechos derivan o emergen presunciones graves de la comisión de un hecho punible y de que en su perpetración está comprometida la responsabilidad del funcionario [...] De todo lo dicho, se sigue: a) no se exige prueba fehaciente o plena para autorizar el enjuiciamiento; b) constituye un requisito de procesabilidad que, como una etapa previa, genera una presunción racional de que un alto funcionario “*pudo*” ser el autor de un hecho punible; c) el juez elimina un obstáculo [el privilegio] a los efectos de la instauración de un juicio con todas las garantías propias del debido proceso; d) se trata de una etapa previa, presuntiva, cuya conclusión no constituye una sentencia de condena o declaratoria de inocencia; y e) no produce cosa juzgada [...] En definitiva, el antejuicio de mérito no constituye un beneficio procesal que pueda conllevar la impunidad, se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios. Cuando se pretenda el enjuiciamiento de alguno de ellos, deberá cumplirse con el procedimiento previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Artículo 266, numerales 2 y 3) y en el Código Orgánico Procesal Penal (Libro Tercero, Título Cuarto, artículos 377 al 381).<sup>52</sup>

Según lo señalado en la sentencia, los requisitos de procedibilidad no implican un privilegio que pueda acarrear la impunidad. Sin embargo, desde mi punto de vista, la intención del constituyente al establecer la disposición del artículo 29 no fue la de restringirla exclusivamente al indulto y la amnistía, sino a toda prerrogativa que pudiera acarrear impunidad, como el caso de los privilegios excepcionales que escapan al control de otro poder. Así, para el enjuiciamiento del presidente de la República es necesaria la autorización de la Asamblea Nacional, la cual decide políticamente sobre la conveniencia o no del enjuiciamiento. Se trata de una decisión política que por tal naturaleza escapa al control del Poder Judicial, y de cualquier otro poder. Este privilegio, en el caso de que el Tribunal Supremo haya decidido que hay méritos para el enjuiciamiento del presidente de la República por delitos de lesa humanidad, no puede aplicarse, ya que sí podría acarrear la impunidad del hecho.

15. En cuanto a la *prescripción* de los crímenes internacionales, establece la Constitución venezolana en su artículo 29 la imprescriptibilidad de las acciones “para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra”. Además, este artículo establece que las violaciones de derechos humanos y los crímenes contra la humanidad serán juzgados por la jurisdicción ordinaria, cuestión que reafirma el artículo 261 de la CN, disposición referida a la jurisdicción penal-militar. No obstante, los referidos artículos 29 y 261 de la Constitución no disponen que los crímenes de guerra puedan ser juzgados por tribunales ordinarios; por el contrario, silencia este caso, lo cual da a entender que esos delitos podrán ser juzgados por tribunales militares.

---

<sup>52</sup> STS del 9 de diciembre de 2002 (véase la nota 29).

16. En cuanto a la posibilidad de decretar *amnistías* o *indultos* en los crímenes internacionales,<sup>53</sup> establece la CN en su artículo 236, numeral 19, la atribución al presidente de la República de decretar indultos, sin detallar respecto a cuáles delitos puede ser otorgado dicho beneficio. Por otra parte, el artículo 187 de la CN establece en su numeral 5 que la Asamblea nacional podrá decretar amnistías, sin establecer tampoco límites a dicha potestad. No obstante, rige lo establecido en el artículo 29 constitucional, según el cual no caben dichos beneficios en el caso de violaciones a los derechos humanos y delitos de *lesa humanidad*. Queda la duda acerca de si dicha disposición se extiende a los crímenes de guerra. En efecto, de acuerdo con el segundo párrafo del citado artículo 29:

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

El problema de interpretación surge porque la parte final, cuando establece lo relativo a los beneficios de amnistía e indulto, excluye de ellos a “dichos delitos”, con lo que puede entenderse como tales los mencionados inmediatamente antes, es decir, “las violaciones graves a los *derechos humanos* y los delitos de *lesa humanidad*”, excluyendo los crímenes de guerra, que solo se mencionan al principio del párrafo.<sup>54</sup> No debe perderse de vista que, aun cuando la Constitución de 1999 presenta algunos

---

<sup>53</sup> Sobre los conceptos de amnistía e indulto, la STS citada (véase la nota 29) expresó: “Con carácter previo, resulta pertinente establecer los conceptos de *indulto* y de *amnistía* como beneficios dentro del proceso penal o con ocasión de éste. Así tenemos que el *indulto*, tanto general como particular, no actúa sobre la realidad jurídica de un acto calificado como delito, ni afecta a la ilicitud en cuanto tal, sino que opera sobre su sanción, sea para excluirla, sea para mitigarla. Por tanto, presupone siempre un hecho punible que, a diferencia de lo que puede suceder con la amnistía, permanece incólume. Con él no se censura la norma calificadora de un acto como ilícito penal; simplemente se excepciona su aplicación en un caso concreto (indulto particular) o para una pluralidad de personas o de supuestos (indulto general) [...] Por el contrario, la *amnistía* suele definirse como una derogación retroactiva que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito penal, bien a la que dispone —como consecuencia de la verificación de un acto así calificado— la imposición de una sanción. En su grado máximo, y en honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en derecho de actos jurídicamente ciertos, una suerte de *amnesia* del ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) —tipicidad objetiva— por sus órganos de garantía. Efectos tan radicales han llevado siempre a sostener que sólo puede actuarla el Poder Legislativo, aunque es común adscribirla a la órbita de la gracia, incluso cuando ésta viene atribuida al Jefe del Estado. Esa adscripción se explica, sin duda, por causa del componente exculpatorio de la amnistía —común al que es propio del indulto en sus dos variantes—; en propiedad, la amnistía no sólo exculpa, sino que, más aún, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación o la norma resultante de ésta [...]”.

<sup>54</sup> Cabe señalar que el artículo 54 del COJM, numeral 4, permite al presidente de la República, como “funcionario de justicia militar”, conceder indultos “conforme a la Constitución Nacional”.

avances en materia de derechos humanos, conserva un perfil militarista inadmisibles y, sobre todo, peligroso en un Estado moderno.

17. En cuanto a la *prohibición de retroactividad*, la propia CN dispone en el artículo 24 que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, y agrega en su parte final que en caso de duda se aplicará la norma “que beneficie al reo o rea”.

Esta norma se corrobora en los artículos 2° del CP y 13 del COJM, en los cuales se consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo cuando esta beneficie al reo.

18. Aparte de los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en la legislación venezolana se reconoce el principio del *ne bis in idem* en la CN (artículo 49, numeral 7), el COPP (artículo 20) y el COJM (artículo 8). No obstante, el CP consagra una norma aplicable a todos los supuestos de extraterritorialidad, la cual podría generar una aparente confusión, al expresar que al “condenarse de nuevo en Venezuela a una persona que haya sido sentenciada en el extranjero” se computará la parte de la pena que haya cumplido en el otro país y el tiempo de la detención (preventiva), conforme a las reglas del artículo 40 *eiusdem*.

Para superar la aparente confusión, la doctrina venezolana ha interpretado esta norma en el sentido de aplicarla solo a casos en que la persona haya evadido la condena en el extranjero,<sup>55</sup> interpretación que considero correcta: una vez que la persona ha sido juzgada en el extranjero, solamente puede volver a ser enjuiciada en Venezuela si ha evadido la condena o si ha escapado durante el transcurso del juicio. Además, el propio CP contiene dos disposiciones especiales aplicables al principio de universalidad que confirman esta interpretación. La primera de ellas se refiere al ordinal 9° del artículo 4 del CP (piratería y delitos contra la humanidad), la cual prohíbe expresamente la aplicación de la ley penal venezolana en esos casos cuando los venezolanos o extranjeros que cometieron dichos hechos hayan sido juzgados en otro país y cumplido la condena. En el caso del numeral 10 (trata de esclavos) se requiere que el indiciado no haya sido juzgado por los tribunales extranjeros, a menos también que haya evadido la condena.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

Con relación a los crímenes internacionales, en la legislación procesal general no se establece, en principio, ningún requisito distinto de los previstos para el proce-

---

<sup>55</sup> Así, implícitamente, Arteaga Sánchez, *Derecho penal...*, o. cit., p. 84; Chiossone, *Manual de derecho penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 48 y ss., aunque este autor se pronuncia por una flexibilización del principio cuando se trate de delitos que atenten contra la seguridad de Venezuela (ibídem, pp. 49 y 50).

dimiento normal. No obstante, es de advertir que el Código Penal (artículo 4, numeral 12) exige para la aplicación de los casos de extraterritorialidad que el sujeto haya venido de forma voluntaria al espacio geográfico venezolano.<sup>56</sup>

Por el contrario, en el COJM, para el enjuiciamiento de crímenes de guerra, *sí se establece un procedimiento totalmente distinto* del contemplado en la ley procesal penal general, con amplia intervención del Poder Ejecutivo.<sup>57</sup>

## F. La práctica efectiva de persecución

Si bien la legislación venezolana presenta un déficit de regulación importante, después de la entrada en vigencia del Estatuto se ha intentado el enjuiciamiento de altos funcionarios del Estado por crímenes de *lesa humanidad*. Así, el 11 de abril de 2002 una manifestación de opositores al régimen del presidente de la República, Hugo Chávez Frías, que se dirigía al palacio de Miraflores, sede del gobierno nacional, fue emboscada en la avenida Baralt de Caracas por varias personas que disparaban armas de fuego, lo cual arrojó la cifra de al menos 14 personas fallecidas.<sup>58</sup> Las tomas de los camarógrafos apostados en edificios cercanos reflejaron que simpatizantes del partido de gobierno y miembros de grupos sociales afines disparaban desde la avenida Urdaneta en dirección a la avenida Baralt. Igualmente, se demostró la presencia de varios francotiradores ubicados en los edificios de esta última avenida, aunque nunca pudo determinarse su identidad. Por otra parte, el momento en que se efectuaron los disparos sobre la marcha en la avenida Baralt coincidió con un mensaje televisivo del presidente de la República y con la suspensión de la señal televisiva de los canales privados nacionales, salvo la del canal del Estado a través del cual se emitía el mensaje. La oposición al gobierno culpó a este de haber ordenado disparar contra los manifestantes, mientras que el gobierno alegó que el desvío de dicha manifestación hacia el palacio de Miraflores obedecía a un plan de la oposición y sectores militares para derrocarlo, además de sostener que los disparos provenían de francotiradores que la oposición había contratado para crear caos en la marcha y así justificar un golpe militar.

En razón de tales acontecimientos, un grupo de familiares de las víctimas, asistidos por los abogados Alfredo Romero Mendoza, Juan Carlos Sosa Azpúrua, Gonzalo Himiob Santomé y Eduardo Meier García, interpusieron una acción por delitos de *lesa humanidad* contra autoridades estatales por los hechos relatados. Uno de los abogados afirmó que “por tratarse de altos funcionarios del Estado, y por referirse a delitos de *Lesas Humanidad* y violaciones graves a los derechos humanos, el artículo 29 de la Constitución obliga al Tribunal Supremo de Justicia, en forma directa, sin intervención alguna del Fiscal General de la República, ni previa ni posterior, a encar-

---

<sup>56</sup> Cf. Arteaga, *Derecho penal...*, o. cit., p. 85.

<sup>57</sup> Artículos 163 y ss. del COJM.

<sup>58</sup> Diario *El Nacional*, 13 de abril de 2002, cuerpo C, p. 7.

garse de la investigación y enjuiciamiento de los altos personeros del Estado que resultaren vinculados con los delitos antes señalados”. Añade el abogado que en este caso “no se permite como privilegio —que pueda conducir a la impunidad— el antejuicio de mérito, excluyéndose, en consecuencia, la intervención de la Asamblea Nacional para autorizar el enjuiciamiento”. Los abogados igualmente afirmaron que “la investigación involucraría a los más altos funcionarios del Estado, encabezados por el Presidente y el Vicepresidente de la República, los cuales, a pesar de tener el dominio sobre los hechos ocurridos el 11 de abril, obviaron (por acción y omisión) su obligación legal y constitucional de garantizar sin distinción alguna el derecho a la vida e integridad física de los que manifestaban”.<sup>59</sup>

En la citada acusación se alega que por tratarse de crímenes de *lesa humanidad* no hace falta ejercer el antejuicio de mérito para el enjuiciamiento del presidente de la República por parte del fiscal general de la República (único funcionario que por ley puede acusar al presidente). Recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre este último punto atendiendo a una solicitud del fiscal general de la República, quien ejerció un recurso de interpretación del artículo 29 de la CN. Dicha sentencia concluyó sosteniendo que sí es necesario el antejuicio de mérito en el caso de altos funcionarios, aun cuando se trate de delitos de *lesa humanidad*, y se mantiene la potestad del fiscal general de la República para solicitar el enjuiciamiento del presidente. Concluye la referida sentencia:

1. No puede un tribunal penal ordinario actuar *ex officio* en los casos de denuncias o acusación por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, previstos en el artículo 29 constitucional; debe existir acusación o querrela por parte del Ministerio Público o por parte de la víctima —en cuyo caso, la documentación respectiva deberá remitirse al órgano instructor—, previa investigación de los hechos inquiridos y de la instrucción respectiva.

2. La investigación, instrucción y comprobación de los hechos denunciados ante la presunta comisión de los delitos contemplados en el antedicho artículo 29, corresponde al Ministerio Público o a los órganos que actúen bajo su supervisión, por lo tanto, no puede un Tribunal de Control —ordinario— admitir denuncias o acusaciones por la presunta comisión de delitos de lesa humanidad ni instar y remitir las actuaciones a dicho órgano, puesto que ello implicaría la subversión del sistema de corte acusatorio sobre el que descansa el proceso penal, y, por ende, el debido proceso. Sin embargo, los juzgados de control podrán ejercer actos de investigación bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, conforme lo indicado *supra*.

3. Cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela habla de *tribunales ordinarios* se refiere tanto a ordinarios como a especiales, los cuales deben atender, como antes se apuntó, a la reserva legal, toda vez que la obligación por parte del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos por sus autoridades, establece, sin excepción, que serán investigados por los tribunales ordinarios, al objeto de excluir a los tribunales

---

<sup>59</sup> Sitio web del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (<[www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)>): Notas de prensa, 25 de junio de 2002.

militares o de excepción de cualquier investigación al respecto [...] Así, los ciudadanos inculcados —bien que se trate de altos funcionarios (artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3), o de funcionarios subordinados por órdenes superiores— por los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad—, deben ser juzgados por aquellos tribunales ordinarios que lo sean según la competencia que les haya sido atribuida, en concordancia con la condición del sujeto imputado.

4. La interpretación que debe darse al artículo 29 de la Constitución a fin de hacerlo compatible con el proyecto axiológico de ella y con el sistema acusatorio —proceso penal venezolano—, es que en las causas por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, la *investigación* corresponde exclusivamente al Ministerio Público o a los órganos que estén bajo su supervisión y el *juzgamiento* a los tribunales ordinarios, en el sentido indicado *supra*, en atención al debido proceso, previsto en el artículo 49 constitucional, en concordancia con el artículo 257 *eiusdem*.

5. En los casos del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal prevé expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena —artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3— declarar si hay o no mérito para su enjuiciamiento, pero “*previa querrela del Fiscal General de la República*”. También debe mediar la autorización del enjuiciamiento por parte del órgano que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 378 *eiusdem*, en concordancia con el referido artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, preceptos que no excluyen ningún delito, sea común o político, de este procedimiento [...] En lo que atañe al caso específico del Fiscal o de la Fiscal General de la República, órgano que ostenta el monopolio de la acción penal, conocerá de la respectiva solicitud de antejuicio de mérito un Fiscal o una Fiscal General Suplente, designado(a) para el caso concreto.

6. El proceso que debe seguirse para la investigación y juzgamiento de la presunta comisión de delitos de lesa humanidad es el establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, fundamentalmente de corte acusatorio, donde la instrucción está encomendada al Ministerio Público —fase preparatoria— y el juzgamiento a los Tribunales de Control —fase intermedia— y Tribunales de Juicio —fase de juicio oral—.

7. La responsabilidad penal en las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva.<sup>60</sup>

Quiero hacer alusión especial a la conclusión número 7 de la sentencia. En ella se acepta la aplicación directa del Estatuto de Roma en lo que se refiere a las tipificaciones penales establecidas en dicho instrumento. Claramente se expresa que, para la persecución de crímenes internacionales, respecto a la parte sustantiva se aplicarán la

---

<sup>60</sup> STS del 9 de diciembre de 2002.

CN y el Estatuto de Roma, sin mencionar el CP, mientras que en la parte adjetiva se aplicará el COPP. Pues bien, ello no deja de parecer una simple declaración para la galería, ya que la ausencia de un sistema de penas en el Estatuto, compatible con el sistema de penas establecido en el CP, y su vinculación al principio de legalidad, torna inaplicable la decisión mencionada.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### **I. *Proyectos de reforma***

La Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Penal, de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal acaba de elaborar dos informes referentes al proyecto de reforma de la parte general del CP y al proyecto de reforma del COJM. En ambos se aprecia claramente la intención de incorporar normas que permitan compatibilizar dichos instrumentos con el Estatuto de Roma. Así, el informe presentado por Carlos Simón Bello, Alberto Arteaga Sánchez, Jesús Rincón y José Soilán, redactores de la reforma a la parte general del CP, expresa:

[...] la Asamblea Nacional consideró prioritario y así lo planteó, que la Sub comisión presentare en forma inmediata, una reforma parcial, urgente y puntual del Código Penal, que permitiera que las normas del Código vigente se adaptaren a la brevedad posible, a los principios y disposiciones penales contenidos en el ordenamiento constitucional aprobado en el referéndum de diciembre de 1999, así como a los acuerdos y convenios establecidos en los tratados internacionales ratificados por la República, *muy especialmente a los señalados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* y aquellos que consagran la defensa y el respeto de los derechos humanos.<sup>61</sup>

Igualmente, en el citado informe se debatió la posibilidad de incorporar el término *crimen* con el fin de adecuar la clasificación de los hechos punibles al Estatuto. Así se expresa:

Entre las recomendaciones más vehementemente llevadas a nuestra consideración, particularmente por los asesores Fernando Fernández y Alejandro Leal Mármol, se encontró aquella según la cual debía la inclusión de una tercera especie de hecho punible, por lo cual el artículo 1º debía incluir la expresión: crimen, delito o falta, pues de este modo se armoniza el texto codificado con el Estatuto de Roma y el incuestionable proceso de internacionalización en el cual se encuentra inmerso el derecho penal contemporáneo, sin excluir a Venezuela, uno de los signatarios ya obligados por dicho instrumento, uno de los más importantes en la rama penal del Derecho de los últimos tiempos [...] Pese a que el código vigente no está estructurado sobre la tripartición y, además, tampoco tal iniciativa cuenta con un inequívoco apoyo en la Constitución, la comisión, aun cuando, no contó entre sus documentos de análisis el relativo al nuevo Título contentivo de la regulación de los delitos de lesa humanidad, terminó recomendando la inclusión de un aparte en el dispositivo que define el hecho punible, según el cual son crímenes aquellos hechos punibles que como tales se identifiquen en la legislación internacional y en la

<sup>61</sup> En <www.asambleanacional.gov.ve> (cursivas añadidas).

nacional, sin que ello signifique que se está frente a una tripartición. El delito es el género. Es claro, además, que esta materia es propia de la reforma del Libro Segundo [...] Hay que agregar que, como antes se expresó, el Estatuto de Roma ha significado un hito en el derecho penal contemporáneo al expresar un paso decisivo en el proceso de maduración del derecho penal internacional; sin embargo, este último no ha avanzado, seguramente por su juventud, en incursiones relevantes más allá del campo de la jurisdicción y en materia de bien jurídico: podría decirse que las distintas figuras, algunas en franco proceso de maduración legislativa doméstica y doctrinaria, alientan la constitución de un bien jurídico específico o inspiran cambios importantes en los ya existentes, asunto que el tiempo aclarará. Pero del mismo modo, hay que sostener que no ha significado, hasta la fecha, una modificación relevante en la parte general, es decir, en cuanto la teoría del hecho punible. Así, un autor en el área expresa:

[“]El derecho internacional penal fue ejecutado, si acaso, por un largo tiempo sólo a través de un modo indirecto: la jurisdicción penal nacional. De allí que su parte especial, que contiene las definiciones de los crímenes punibles según el derecho internacional, fuere más importante que la codificación de una parte general. La segunda tarea pudo ser dejada a los sistemas legales domésticos, quienes tuvieron que llenar los vacíos que el derecho internacional incluso actualmente muestra, al tratar con temas penales, por la propia diferencia de aquellos temas[”] (Conf. Otto Triffterer, *Domésticos de ratificación e implementación*, en *La nueva justicia penal internacional*, coordinado por Kai Ambos, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, página 27).

Además, la voz “crimen” no lleva consigo una teoría propia del hecho punible, sino que, en algunas legislaciones, como la francesa, se reserva para ciertos delitos que merecen penas particularmente graves (penas aflictivas o infamantes, según el artículo 1º del Código Penal galo); no obstante, en muchísimas otras legislaciones, con doctrina penal avanzada, no se ha recurrido a la tripartición del hecho punible, cuya justificación, además, no parece existir [...] Que haya hechos punibles particularmente graves, que merecen en consecuencia, específicas sanciones, y que, también, tutelan bienes jurídicos relevantes para la humanidad, es cuestión que no puede discutirse, pero ello no implica que no sean a la postre hechos punibles y que por tanto, con las modificaciones que cada provincia jurídica penal exija, no deban ser interpretados y aplicados a la luz y con los aportes de la teoría del hecho punible [...] Introducir un criterio sustancialista en un saber fundamentalmente normativo como es el jurídico no ha rendido, hasta la fecha, aportes clarificadores a la ciencia jurídica penal. De suyo, la bipartición delito-falta es un capítulo abierto y que posiblemente seguirá estando así; y si a ello se suma una nueva especie, se complica, científicamente hablando, la estructura normativa, y ciertamente que las incertidumbres dogmáticas se traducen luego en incertidumbre en la interpretación y aplicación de la ley. Hasta tal punto es cierto lo recién aseverado, que incluso quienes escriben sobre la materia reconocen que la voz “crimen” se emplea en distintos niveles de gravedad (Conf. Triffterer, *op.*, cit., pág. 34), lo que significa que no alude a una “sustancia punible específica”, sino que es fundamentalmente una convención lingüística que indica hechos punibles particularmente graves y que, además, facilita la comunicación con aquellos sistemas, que no es el caso de Venezuela, que se rigen por la tripartición, o que prefieren el término “crimen” ante el de “delito”.<sup>62</sup>

Desde mi punto de vista, el debate reflejado no tiene sentido, ya que no es una característica constitutiva, esencial de los tipos contemplados en el Estatuto, llamar-

---

<sup>62</sup> *Ibidem*.

los *crímenes* en vez de *delitos*. El debate se reduce a un problema terminológico sin mayor trascendencia. Por ello, bien concluyen los redactores del informe:

En suma, lo que sí es realmente decisivo e importante, es que Venezuela cumpla con los compromisos contraídos al suscribir el Estatuto de Roma, y ello está en función, básicamente, de la tipificación, tarea propia del Libro Segundo, que escapa a los fines de esta comisión. Es igualmente relevante que los principios adoptados no colidan con los de dicho Estatuto, y en este orden de ideas cabe agregar que no hay colisión alguna entre los principios fundamentales que se proponen en el proyecto y los que recoge el Estatuto de Roma [...] *Nullum crimen, nulla poena sine lege* [...] Prohibición de analogía [...] Irretroactividad *ratione personae* [...] Culpabilidad [...] Punición de la participación criminal [...] Punición de la tentativa [...] Estos principios, desarrollados en la Parte III del Estatuto han sido acogidos como parte del derecho interno y en su redacción no cabe contradicción con los del derecho penal internacional [...] En consecuencia, esta comisión ha atendido con toda seriedad las recomendaciones que en esta materia se han formulado, e igualmente ha considerado la letra y espíritu del Estatuto de Roma, por lo cual la circunstancia de que no se haya acogido, por las razones antes dichas, la propuesta de una tripartición del hecho punible, no significa en lo absoluto haberse puesto a espaldas de la nueva realidad penal internacional, ni mucho menos desoír las aquilatadas y documentadas recomendaciones y observaciones que llegaron a su consideración, que se han acogido de modo parcial, en los términos arriba expuestos.<sup>63</sup>

En el informe se menciona la inclusión de una norma que permita compatibilizar la prohibición de extradición de nacionales con las exigencias del derecho penal internacional. Igualmente, en el caso de la aplicación del principio de universalidad (justicia mundial), “se suprimió la exigencia de que el sujeto haya venido a Venezuela, a fin de adecuarlo a la legislación penal internacional, siguiendo así la sugerencia del asesor Fernando Fernández”.<sup>64</sup>

Por otro lado, “se agrega la agravante vinculada a delitos de lesa humanidad y organización delictiva (en este sentido se acogió la observación del asesor Fernando Fernández con relación a la primera propuesta), para de este modo vincular el orden jurídico penal positivo a la legislación internacional vinculante para la República, así como para atender al fenómeno de la delincuencia económica organizada, con relación a la cual, con independencia de los avances que se alcancen en la reforma de la parte especial, se consolida como materia de agravante genérica”.<sup>65</sup> En mi opinión, una vez tipificado el delito de lesa humanidad en la parte especial, no puede añadirsele una agravante por su naturaleza. Sería como si el homicidio se agravara por el hecho de ser un delito contra las personas.

En cuanto al proyecto de reforma del COJM, en el informe presentado por su redactor, el abogado Enrique Prieto Silva, se aprecia la voluntad de adecuar el contenido de esa ley al Estatuto. Así, por ejemplo, se expresa como uno de los criterios a considerar para el futuro contenido normativo del Código el “incluir el término CRÍMENES para la tipifica-

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

ción de hechos punibles más graves contra los derechos de la humanidad, específicamente los crímenes de guerra y el crimen de agresión, conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”.<sup>66</sup> Es de resaltar que parecería considerarse la inclusión del crimen de agresión, aunque este no esté contemplado en el Estatuto.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

El déficit de punibilidad de crímenes internacionales en nuestra legislación no ha sido puesto en evidencia en el plano jurisprudencial, aunque sí en el ámbito científico venezolano, concretamente por el abogado Fernando Fernández, quien ha denunciado este problema en conferencias, artículos de prensa y trabajos científicos divulgados sobre todo a través de Internet. Este autor, en el trabajo titulado “Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la reforma penal y militar en Venezuela. Una propuesta legislativa”,<sup>67</sup> resalta la necesidad de implementar el Estatuto en la legislación penal y militar venezolana. “Esta implementación se hace indispensable, habida cuenta que la naturaleza de la CPI es complementaria o subsidiaria de la legislación de los países. En otras palabras, si un país no legisla sobre los crímenes y el procedimiento aplicable, la jurisdicción de la CPI es directa e inmediata. En consecuencia, se hace indispensable legislar en la materia para fortalecer la soberanía nacional”.<sup>68</sup> Igualmente, recomienda este autor incluir una norma en el CP y otra en el COJM que castiguen con una pena de entre veinte y treinta años de prisión a quien efectúe las conductas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tipificadas en el Estatuto.<sup>69</sup>

Se trata de una adopción directa de los crímenes establecidos en el Estatuto, sin necesidad de volver a tipificarlos en el CP o en el COJM. En mi opinión, tal metodología es muy discutible, ya que los tipos penales consagrados en el Estatuto pueden ser mejorados en su redacción y alcance, aunque sin cambiarles el sentido. Además, considero inconveniente, e injusto, si cabe el término, castigar con la misma pena todas las conductas delictivas establecidas en el Estatuto.

## ***III. Debate jurídico-político***

Si bien el Ministerio Público y el Tribunal Supremo de Justicia han dado suma importancia al hecho de que entrara en vigencia el Estatuto,<sup>70</sup> quiero aludir al informe

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 1 y 2.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 14.

<sup>70</sup> Como lo demuestra la circunstancia, entre otras, del ciclo de conferencias organizado por dichas instancias estatales los días 19 a 21 de noviembre de 2001, sobre el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.

de Provea, una de las principales ONG venezolanas, caracterizadas por su constante defensa de los derechos humanos. En el informe anual del 2001 se le da suma importancia al hecho de la ratificación por Venezuela del Estatuto, así como al papel que en la ratificación desempeñó otra importante ONG: la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz.<sup>71</sup> Aparte de explicarse el funcionamiento de dicho instrumento, se destaca que “La Corte no va a sustituir a los tribunales nacionales, ni a los Sistemas Interamericano y Universal de derechos humanos. Se trata de una Corte que decide en materia penal y que va a investigar y sancionar responsabilidades de individuos, no de Estados. Además tiene un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales que tienen la obligación de sancionar los crímenes antes enunciados”.<sup>72</sup> Dado que, según Provea, hacer realidad la CPI tomará varios años, dicha institución solicitó a las autoridades nacionales que inicien los pasos para adoptar “una legislación que permita una adecuada colaboración con dicha instancia internacional, similar a la que han adoptado varios países de cara a los tribunales penales internacionales de Ruanda y la ex Yugoslavia. Será menester, además, adelantar una campaña de educación y difusión dentro de la población venezolana”.<sup>73</sup>

#### **J. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Venezuela**

En la legislación interna se aprecia un gran déficit de punibilidad de crímenes internacionales, explicable solo por negligencia de nuestras instituciones. Pero ello no es diferente del problema general de reforma de la legislación penal venezolana. Así, en sus líneas fundamentales, el Código Penal data de 1926, y solo ha sido objeto de superficiales reformas de carácter coyuntural.

No obstante, desde nuestro punto de vista, en la Comisión parlamentaria que trabaja en la reforma al Código Penal se acepta la idea de adecuar la legislación penal común y penal militar al Estatuto. Sin embargo, la delicada situación política que vive Venezuela hace difícil suponer que la reforma al Código Penal y al Código de Justicia Militar prosperen en breve plazo. Actualmente los parlamentarios emplean sus energías en tratar de solucionar la grave crisis. Además, la existencia de una fuerte polarización política en el país hace cuesta arriba lograr el consenso necesario para la aprobación de dichas reformas.

En la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 9 de diciembre, citada repetidamente en este trabajo, le ha dado importancia fundamental

---

<sup>71</sup> Resumen del informe citado por Universidad Andina Simón Bolívar (<www.uasb.edu.ec>): Programa Andino de Derechos Humanos (enero 2002).

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*. Comunicación de Raúl Cubas, director de Provea, a José Vicente Rangel, ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela en ese momento.

al Estatuto, al punto de deslizar la posibilidad de aplicación directa de los tipos penales contenidos en él por los tribunales de la República (independientemente de lo absurda que pueda parecer tal conclusión).

### Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional”, en Varios autores: *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1998, pp. 1-37.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Derecho penal venezolano*, McGraw Hill, Caracas, 2001.
- CHIOSSONE, Tulio, *Manual de derecho penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.
- FEBRES CORDERO, Héctor, *Curso de derecho penal. Parte especial*, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida (Venezuela), 1966.
- GODOY FONSECA, Pablo, *Comentarios al Código Penal venezolano*, Tipografía Americana, Caracas, 1930.
- GRISANTI AVELEDO, Hernando, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Vadell, Valencia, 1981.
- GRISANTI AVELEDO, Hernando, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Mobil Libros, Caracas, 1989.
- LEU, Hans, “Sobre los delitos contra el derecho internacional”, en Varios autores: *Estudios varios en homenaje a Tulio Chiossone*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980, pp. 463-479.
- LEU, Hans, *Introducción al derecho internacional penal*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1982.
- MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *Curso de derecho penal venezolano. Parte especial*, t. IV, vol. I, Gráficas Letra, Madrid, 1961.
- MENDOZA TROCONIS, José Rafael, *Curso de derecho penal militar venezolano*, t. I, El Cojo, Caracas, 1975.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, n° 15, Caracas, 1996, pp. 13-94.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis: “La problemática del error en materia penal-tributaria”, en Varios autores, *Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios. VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, pp. 429-440.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, C. H. Beck, Múnich, 1997.

SAÍN SILVEIRA, José, “El principio de oportunidad”, en Varios autores: *La aplicación efectiva del COPP. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal*, UCAB, Caracas, 2000, pp. 61-130.

SARMIENTO PÉREZ, Eric, *Manual de derecho procesal penal*, Vadell, Caracas, 2002.

SARMIENTO PÉREZ, Eric, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*, Vadell, Valencia-Caracas, 2002.

SOSA CHACÍN, Jorge, *Derecho penal*, t. I., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978.

TAMAYO, José Miguel, y Jorge SOSA CHACÍN, *Proposiciones para reformar el Código Penal venezolano (Informes presentados al Congreso de la República y proyecto de reforma)*, t. II, Centauro, Caracas, 1977.

## **Anexo de legislación**

### ***Constitución Nacional***

ARTÍCULO 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea.

ARTÍCULO 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

### ***Código Penal venezolano***

ARTÍCULO 153. Los venezolanos o extranjeros que cometan actos de piratería serán castigados con presidio de diez a quince años.

Incurrir en este delito los que, rigiendo o tripulando un buque no perteneciente a la Marina de Guerra de ninguna nación, ni provisto de patente de corso debidamente expedida, o haciendo parte de un cuerpo armado que ande a su bordo, ataquen otras naves o cometan depredaciones en ellas o en los lugares de la costa donde arriben, o se declaren en rebelión contra el Gobierno de la República.

ARTÍCULO 154. Los venezolanos o extranjeros que en Venezuela recluten gente o acopien armas, o formen juntas o preparen expediciones o salgan del espacio geográfico de la República en actitud hostil para acometer o invadir el de una Nación

amiga o neutral, serán castigados con pena de tres a seis años de arresto en Fortaleza o Cárcel Política.

En la misma pena determinada en este artículo incurren los venezolanos o extranjeros que en Venezuela construyan buques, los armen en guerra o aumenten sus fuerzas o pertrechos, su dotación o el número de sus marineros para hacer la guerra a una nación con la cual esté en paz la República.

ARTÍCULO 155. Las penas fijadas en el artículo que antecede se aumentarán en una tercera parte si los actos hostiles contra la nación amiga o neutral han expuesto a Venezuela al peligro de una guerra internacional o han hecho romper las relaciones amistosas del Gobierno de la República con el de aquella nación.

Se aplicarán dobladas las susodichas penas si por consecuencia de los actos mencionados se le ha declarado la guerra a la República.

ARTÍCULO 156. Incurren en pena de arresto en Fortaleza o en Cárcel Política por tiempo de uno a cuatro años:

1° Los venezolanos o extranjeros que, durante una guerra de Venezuela contra otra nación, quebranten las treguas o armisticios o los principios que observan los pueblos civilizados en la guerra, como el respeto debido a los prisioneros, a los no combatientes, a la bandera blanca, a los parlamentarios, a la Cruz Roja y otros casos semejantes, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes militares, que se aplicarán especialmente en todo lo que a este respecto ordenen.

2° Los venezolanos o extranjeros que, con actos de hostilidad contra uno de los beligerantes, cometidos dentro del espacio geográfico de la República, quebranten la neutralidad de ésta en caso de guerra entre naciones extrañas.

3°. Los venezolanos o extranjeros que violen las Convenciones o Tratados celebrados por la República, de un modo que comprometa la responsabilidad de ésta.

ARTÍCULO 174. Cualquiera que reduzca a esclavitud a una persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años.

En igual pena incurrirán los que intervienen en la trata de esclavos

ARTÍCULO 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

ARTÍCULO 182 (segundo párrafo). Se castigarán con prisión de tres a seis años los sufrimientos, ofensas a la dignidad humana, vejámenes, torturas o atropellos físicos o morales cometidos en persona detenida, por parte de guardianes o carceleros, o de quien diera la orden de ejecutarlos, en contravención a los derechos individuales reconocidos en el numeral 2 del artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

### ***Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente***

ARTÍCULO 253. *Tortura*. El funcionario público que por sí o por otro ejecute contra algún niño o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, con el propósito de obtener información de la víctima o de un tercero, será penado con prisión de uno a cinco años.

Parágrafo Primero: En la misma pena incurre quien no siendo funcionario público, ejecute la tortura por éste determinada.

Parágrafo Segundo: Si resulta una lesión grave o gravísima, la pena será de prisión de dos a ocho años.

Parágrafo Tercero: Si resulta la muerte, la pena será de prisión de quince a treinta años.

ARTÍCULO 255. *Trabajo Forzoso*. Quien someta a un niño o adolescente a trabajo bajo amenaza, será sancionado con prisión de uno a tres años.

ARTÍCULO 266. *Tráfico de Niños y Adolescentes*. Quien promueva, auxilie o se beneficie de actos destinados al envío de un niño o adolescente al exterior, sin observancia de las formalidades legales con el propósito de obtener lucro indebido, será penado con prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 267. *Lucro por Entrega de Niños o Adolescentes*. Quien prometa o entregue un hijo, pupilo o guardado a un tercero, mediante pago o recompensa, será penado con prisión de dos a seis años.

Quien ofrezca o efectúe el pago o recompensa incurre en la misma pena.

ARTÍCULO 268. *Privación Ilegítima de Libertad*. Quien prive a un niño o adolescente de su libertad, fuera de los casos que expresamente autoriza esta Ley, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Incorre en la misma pena quien proceda a su aprehensión sin observar las formalidades legales y quien no ejecute de inmediato la libertad ordenada por la autoridad competente.

### *Código Orgánico de Justicia Militar*

ARTÍCULO 163. El fiscal militar no podrá iniciar ninguna investigación sin la orden previa de apertura dictada por la autoridad competente.

Son funcionarios competentes para ordenar que se abra averiguación militar:

1. El Presidente de la República, en el caso del ordinal 1º del artículo 54 de este Código;

2. El Ministro de la Defensa;

3. Los Jefes de Regiones Militares;

4. Los Comandantes de Guarnición;

5. Los Comandantes de Teatros de Operaciones;

6. Los Jefes de Unidades Militares en Campaña.

ARTÍCULO 394. Cuando se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en la cual serán responsables todos los concertados.

El inferior, fuera del caso de excepción señalado en la parte final del párrafo anterior, será responsable como cómplice, si se hubiere excedido en su ejecución, o si tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no lo hubiere así advertido al superior, de quien recibe la orden.

ARTÍCULO 474. Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que:

1. Incendien, destruyan o ataquen los hospitales terrestres o marítimos y los que ataquen los convoyes de heridos o enfermos.

2. Los que atentaren gravemente contra los rendidos, contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por fuerzas nacionales, entregaren dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad.

3. Los que atentaren gravemente contra los miembros de la Cruz Roja o contra el personal del servicio sanitario enemigo o neutral.

4. Los que negaren o obstaculizaren la asistencia de los heridos o enfermos.

5. Los que hicieren uso de armas o medios que agraven inútilmente el sufrimiento de los atacados.

6. Los que destruyan señales o signos necesarios en la navegación marítima, fluvial o aérea.

7. Los que quebrantaren o violaren tratados, treguas o armisticios.

8. Los que minen lugares destinados al tráfico internacional, sin darle aviso previo a los neutrales.

9. Los que destruyan nave enemiga rendida, apresada, sin salvar previamente la tripulación.

10. Los que bombardeen lugares habitados no fortificados que no estén ocupados por fuerzas enemigas y que no opongan resistencia.

11. Los que desnudaren o ultrajaren a los heridos, enfermos o prisioneros de guerra.

12. Los que desnudaren o profanaren cadáveres y los que no cuidaren de su inhumación, incineración o inmersión.

13. Los que atentaren contra los parlamentarios o los ofendieren.

14. Los corsarios que dispusieren de buques o mercaderías u otros objetos capturados en el mar, sin previa resolución de presas.

15. Los que obligaren a prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas.

16. Los que destruyan en territorio enemigo o amigo, templos, bibliotecas o museos, archivos, acueductos y obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otras clases, sin exigirlo las operaciones de la guerra.

17. Los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus Jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas.

A los promotores y al de mayor graduación, les será impuesto el máximo de pena.

### ***Código Orgánico Procesal Penal***

ARTÍCULO 11. *Titularidad de la acción penal.* La acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales.

ARTÍCULO 37. *Supuestos.* El fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al juez de control autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes:

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el máximo de la pena exceda de los tres años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él;

2. Cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él;

3. Cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;

4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

ARTÍCULO 39. *Supuesto especial.* El fiscal del Ministerio Público solicitará al juez de control autorización para suspender el ejercicio de la acción penal, cuando se

trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la pena que corresponda al hecho punible, cuya persecución se suspende, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o continuación evita.

El ejercicio de la acción penal se suspende en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó este supuesto de oportunidad, hasta tanto se concluya la investigación por los hechos informados, oportunidad en la cual se reanudará el proceso respecto al informante arrepentido.

El Juez competente para dictar sentencia, en la oportunidad correspondiente, rebajará la pena aplicable, a la mitad de la sanción establecida para el delito que se le impute al informante arrepentido, cuando hayan sido satisfechas las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción, lo cual deberá constar en el escrito de acusación.

En todo caso, el Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad física del informante arrepentido.

Kai Ambos & Ezequiel Malarino

# Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares

## 1. Introducción.

### La posición de los Estados latinoamericanos frente al Estatuto de Roma

La aprobación del Estatuto de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional en julio de 1998 ha hecho surgir en el seno de los Estados nacionales una serie de cuestiones. En primer término, y ante todo, a los Estados se les plantea una decisión eminentemente política, esto es: si están dispuestos a ratificar ese instrumento internacional y con ello a comprometerse de una manera diferenciada con la persecución de crímenes internacionales. En segundo término, y si es que existe tal voluntad política, los Estados deben resolver cómo adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a ese nuevo acto internacional.<sup>1</sup> De la forma en que cada Estado resuelve estas cuestiones se puede conocer en gran medida cuál es su grado de compromiso respecto de la persecución penal de crímenes internacionales.

En general, los países latinoamericanos han dado el primer paso y ratificado el Estatuto de Roma. En efecto, luego de la ratificación de Venezuela, a mediados de 2000,<sup>2</sup> han seguido las de Argentina,<sup>3</sup> Paraguay,<sup>4</sup> Costa Rica,<sup>5</sup> Perú,<sup>6</sup> Ecuador,<sup>7</sup> Pana-

---

<sup>1</sup> Con esto se alude no solamente a reformas en las legislaciones internas a fin de posibilitar una persecución *nacional* de crímenes internacionales (de forma que se realice la pretensión del Estatuto de Roma de que el recurso a la Corte Penal Internacional sea tan solo una vía subsidiaria), sino también a la regulación precisa del modo como se llevará a cabo la cooperación estatal con este órgano internacional.

<sup>2</sup> Suscripción: 14 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2000.

<sup>3</sup> Suscripción: 8 de enero de 1999; ratificación: 8 de febrero de 2001.

<sup>4</sup> Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 14 de mayo de 2001.

<sup>5</sup> Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2001.

<sup>6</sup> Suscripción: 7 de diciembre de 2000; ratificación: 10 de noviembre de 2001.

<sup>7</sup> Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 5 de febrero de 2002.

má,<sup>8</sup> Brasil,<sup>9</sup> Bolivia,<sup>10</sup> Uruguay,<sup>11</sup> Honduras<sup>12</sup> y Colombia.<sup>13</sup> Solamente Chile, México, República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua y Guatemala aún no han ratificado en Latinoamérica el Estatuto de Roma, aunque los tres primeros sí lo han suscrito.<sup>14</sup>

La ratificación del Estatuto de Roma significó una confirmación de la postura en favor de la persecución penal de crímenes internacionales que en el plano internacional, en mayor o menor medida, los Estados latinoamericanos habían ya expresado mediante la suscripción y ratificación de numerosos instrumentos internacionales destinados a la protección penal frente a severas violaciones de los derechos humanos. De este modo, la ratificación del Estatuto de Roma puede verse como una continuación de la línea política seguida en el plano internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión.

Pero ella no significó solamente un compromiso más. El Estatuto de Roma se diferencia de otros compromisos internacionales en la materia no solo porque en él se reúnen por primera vez en un cuerpo normativo homogéneo diferentes figuras de crímenes internacionales y una serie bastante completa de principios generales de imputación de derecho penal internacional, cristalizando, con ello, un consenso sobre el estado actual del derecho penal internacional, sino también porque con su ratificación se expresa también, ¡y especialmente!, un acuerdo a la jurisdicción complementaria (subsidiaria) de la Corte Penal Internacional. De este modo, la ratificación de esta convención internacional significa para un Estado la asunción de un *compromiso diferenciado* de persecución penal de crímenes internacionales, pues con ella no solo se revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que, específicamente, se admite que en caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción —bien porque no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo (artículo 17 del Estatuto)— sea la Corte Penal Internacional la autorizada a llevar adelante el proceso (principio de aceptación de la competencia de la Corte, de complementariedad<sup>15</sup> y de la responsabilidad penal individual, artículos 12, 1 y 17 y 25 respectivamente del Estatuto de Roma).<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> Suscripción: 18 de julio de 1998; ratificación: 21 de marzo de 2002.

<sup>9</sup> Suscripción: 7 de febrero de 2000; ratificación: 20 de junio de 2002.

<sup>10</sup> Suscripción: 17 de julio de 1998; ratificación: 27 de junio de 2002.

<sup>11</sup> Suscripción: 19 de diciembre de 2000; ratificación: 28 de junio de 2002.

<sup>12</sup> Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 1 de julio de 2002.

<sup>13</sup> Suscripción: 10 de diciembre de 1998; ratificación: 5 de agosto de 2002.

<sup>14</sup> Chile, el 11 de septiembre de 1998; México, el 7 de septiembre de 2000; República Dominicana, el 8 de septiembre de 2000.

<sup>15</sup> Sobre este principio véase también Kai Ambos, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en este volumen.

<sup>16</sup> El carácter de compromiso diferenciado a raíz de la ratificación del Estatuto de Roma ha sido puesto de manifiesto por Malarino (cf. informe de Argentina, sección A, en este volumen).

## 2. El estado del derecho positivo y de la jurisprudencia en relación con el derecho penal internacional

La previsión de normas de derecho penal internacional en las legislaciones de los países latinoamericanos es sumamente escasa. Ningún país de la región posee, en efecto, un cuerpo normativo en la materia equiparable al Estatuto de Roma o al Código Penal Internacional alemán. Por lo general, las pocas normas de derecho penal internacional que se encuentran en los ordenamientos de los países latinoamericanos se refieren a la previsión en algunos casos del principio de jurisdicción universal, o bien a la tipificación aislada de algún crimen internacional, o tan solo de algún modo particular de comisión de una figura determinada. Asimismo, la redacción de estos tipos penales difiere, por lo común, de la del Estatuto de Roma. Aún más excepcional es encontrar en estos ordenamientos normas específicas de parte general, es decir, principios generales de imputación o de exclusión de responsabilidad de derecho penal internacional.

La situación latinoamericana en cuanto a la *tipificación* de crímenes internacionales puede resumirse de la siguiente manera. El crimen de *genocidio* se encuentra tipificado en las legislaciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. En cuanto a los crímenes *contra la humanidad*, prácticamente no existen tipificaciones en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se acerquen a las previsiones del Estatuto de Roma. Solamente algunos Estados han incluido en sus legislaciones el crimen de *desaparición forzada* de personas, como es el caso de Colombia, El Salvador,<sup>17</sup> Venezuela y Perú. Por su parte, el crimen de *tortura* está previsto en la mayoría de los Estados de la región, aunque como crimen individual con modalidades muy diversas entre sí y respecto del Estatuto de Roma y a veces bajo un *nomen iuris* diverso. Sin embargo, ninguno de estos tipos penales contiene la exigencia del acto colectivo o contexto (*Gesamttat*) del artículo 7.1 del Estatuto de Roma de que el acto se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” y, por ello, no pueden considerarse estrictamente como crímenes contra la humanidad. En Colombia se prevé asimismo el tipo de *traslado o desplazamiento forzado* de personas, aunque este difiere de la tipificación del artículo 7.1, letra *d*, del Estatuto de Roma y no exige el elemento contextual previsto en el punto 1 del artículo 7 citado. Los *crímenes de guerra* están contemplados en las legislaciones latinoamericanas también de manera extremadamente escasa, sobre todo por medio del derecho penal militar. Se prevén algunas pocas conductas correspondientes a crímenes de guerra en las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú y Venezuela, pero

---

<sup>17</sup> En el Código Penal de El Salvador se penaliza asimismo al particular que actuando a las órdenes de la autoridad pública realice el tipo de desaparición forzada de personas (artículo 365) y también al que “por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas” (artículo 366).

tampoco en estos casos se encuentra presente la exigencia típica de que los actos se cometan “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (artículo 8.1 del Estatuto de Roma). De todos modos, este requisito típico del Estatuto de Roma, que restringe la punibilidad de los crímenes de guerra en una medida considerable, no forma parte, según la opinión dominante, del derecho consuetudinario internacional.<sup>18</sup> Por último, ningún Estado latinoamericano ha tipificado el crimen de *agresión*.<sup>19</sup> Ello era sin embargo previsible, ya que luego de casi cinco años de la aprobación del Estatuto de Roma no se ha logrado aún en el plano internacional una definición de este crimen.<sup>20</sup>

La posibilidad, para cubrir los déficit de legislación en la materia, de recurrir *directamente* en el ámbito interno a las figuras penales del derecho internacional tal como están descritas, por ejemplo, en las convenciones internacionales se encuentra excluida en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en razón de la vigencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.<sup>21</sup> Uno de los argumentos principales en contra de la aplicación directa de los tipos penales de las convenciones internacionales se basa en la ausencia de previsión de una sanción en estos instrumentos internacionales. Asimismo, una solución de tal tipo trae consigo una gran dosis de incertidumbre, no compatible con el principio de tipicidad o determinación de los tipos

<sup>18</sup> Véase Fenrick, en: Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 1999, artículo 8, numeral 4; también Schabas, *An introduction to the ICC*, 2001, pp. 43-4 (“non-threshold threshold”).

<sup>19</sup> Si bien en el ámbito internacional no existe aún consenso sobre la definición concreta del crimen de agresión, muy difícilmente puede considerarse como tal el tipo penal de “provocación de guerra, represalias o enemistad internacional” previsto en el artículo 354 del Código Penal de El Salvador. En efecto, aunque la realización de un “acto hostil contra un Estado extranjero”, prevista como una forma de comisión en el tipo penal del artículo 354 citado, pudiera representar de algún modo un “uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier modo incompatible con la Carta de las Naciones Unidas” (tal la definición dada en la resolución 3314 [XXIX] de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974), las exigencias típicas de esta norma en cuanto a que las conductas deban ser realizadas “en territorio salvadoreño” y tener por resultado la expansión del “peligro de una guerra” al Estado salvadoreño indican que lo que se pretende tutelar no es la paz en general o la soberanía, integridad territorial o independencia política del Estado agredido, sino más bien el peligro de soportar una guerra por parte del El Salvador. Tampoco se podría considerar como un crimen de agresión la norma del artículo 154 del Código Penal venezolano, que reprime a quienes “recluten gente, acopien armas, o formen juntas o preparen expediciones o salgan del espacio geográfico de la República en actitud hostil para acometer o invadir el de una Nación amiga o neutral”, ya que estas conductas constituyen solamente actos previos de preparación al “uso de la fuerza” en el sentido de la resolución antes citada.

<sup>20</sup> Sobre la discusión durante y después de Roma, véase Gaja, en Cassese, Gaeta y Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A commentary*, 2002, tomo I, pp. 427 ss.

<sup>21</sup> Esta posibilidad ha sido analizada con profundidad (y rechazada) en el informe de Argentina (cf. sección B, especialmente, B. II. 4). También concluyen expresamente en el mismo sentido los informes de México (sección B. II), Brasil (sección A) y Chile (sección B. I). Por el contrario, en favor de una aplicación directa de las figuras de las convenciones internacionales, cf. el informe de Venezuela (sección B).

penales, ya que en el ámbito internacional no existe un completo acuerdo acerca de los elementos típicos que deben contener las diferentes figuras de crímenes internacionales y, por ello, no se sabría a cuál de las diversas versiones existentes en el plano internacional de un determinado crimen internacional deberá recurrirse. De todos modos, estos problemas se podrían hoy minimizar si se coincide en recurrir, únicamente, a los tipos y sanciones previstos en el Estatuto de Roma, como expresión última de la evolución del derecho penal internacional. Sin embargo, este punto de vista debería hacerse cargo de la objeción de que el Estatuto de Roma afirma la vigencia en este ámbito del principio de legalidad y, con ello, brindaría por cierto un argumento en favor de la vigencia del *nullum crimen* al juzgar crímenes internacionales.<sup>22</sup>

Un caso particular se presenta en Costa Rica, cuyo Código Penal en su artículo 374 establece una pena para quienes cometieren una serie de actos delictivos, entre los que se encuentran las infracciones a las “disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos”.<sup>23</sup> En este caso, el problema de la ausencia de sanción ya no existiría.

De todos modos, la ausencia en las legislaciones latinoamericanas de previsión (total o parcial) de figuras penales específicas de derecho penal internacional y la imposibilidad de recurrir directamente a las descripciones penales de las convenciones internacionales no significan que este tipo de hechos hayan de quedar necesariamente impunes. La persecución penal de estos hechos puede lograrse en cierta medida a través de los tipos del derecho penal común. El recurso al derecho penal clásico, cuyas figuras fueron pensadas para juzgar hechos muy diversos de los que conforman el sustrato fáctico de los crímenes internacionales, para penar, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad o el crimen de genocidio, implica reconocer que el mayor contenido de injusto de estos hechos solo podrá expresarse en el campo de la determinación de la pena.<sup>24</sup>

La carencia de normas específicas en la materia es aún más marcada en lo que respecta a normas de *parte general* de derecho penal internacional. A las figuras de crímenes internacionales contenidas en la parte especial de los códigos penales de la región se les aplican, en general, las normas de parte general previstas para los delitos comunes. De todos modos, incluso en Alemania, donde se han implementado en gran medida las exigencias del Estatuto de Roma a través de un Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), se prevé una remisión general a la parte general del Código Penal (StGB). Sin embargo, en cuanto a esto es preciso señalar que está comenzando a desarrollarse una dogmática de la parte general del derecho penal internacional<sup>25</sup> que de una u otra forma tendrá que ir reflejándose en las legislaciones internas

---

<sup>22</sup> Con mayores detalles sobre el punto, cf. el informe de Argentina, sección citada en la nota 21.

<sup>23</sup> Cf. Costa Rica, sección B.

<sup>24</sup> Esto ha sido puesto de manifiesto en el informe de Argentina, cf. sección B.

<sup>25</sup> Cf. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002.

de los Estados. Actualmente, las escasísimas normas que en los Estados latinoamericanos prevén un tratamiento particular en caso de crímenes internacionales (o en caso de algunos de ellos) se refieren generalmente a la regulación de la prescripción de la acción y a la de la posibilidad de conceder amnistías. En efecto, algunos Estados latinoamericanos han incluido en sus ordenamientos jurídicos normas que declaran la imprescriptibilidad de la acción respecto de ciertos crímenes internacionales. Este es el caso de Venezuela, que en su propia Constitución Política declara que son imprescriptibles las acciones de los “delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra” (artículo 29). También en el plano constitucional se declara en Brasil la imprescriptibilidad del crimen de racismo (Constitución Política, artículo 5, inciso XLII). Por su parte, en El Salvador los nuevos códigos penales de 1998 introdujeron la imprescriptibilidad de la acción penal de los siguientes delitos: tortura, actos de terrorismo, secuestro, genocidio, violación de las leyes o costumbres de guerra, desaparición forzada de personas, persecución política, ideológica, racial, por sexo o religión (arts. 99 del Código Penal y 34 del Código Procesal Penal).<sup>26</sup> Por otra parte, un tratamiento diferenciado sobre la posibilidad de conceder amnistías respecto de algunos crímenes internacionales solo se encuentra en el ordenamiento jurídico venezolano y en menor medida también en el de Brasil. En Venezuela el artículo 29 de la Constitución Política excluye la posibilidad de conceder amnistías en caso de crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves a los derechos humanos. Debido a la confusa redacción de la norma, la doctrina discute si esta cláusula rige también para los crímenes de guerra.<sup>27</sup> En Brasil, por su parte, la posibilidad de conceder amnistías se encuentra vedada respecto de algunos crímenes entre los que se encuentran la tortura y los crímenes “hediondos”.<sup>28</sup> Fuera de estas normas, solo cabe mencionar la previsión de la inexcusabilidad de la obediencia debida en caso de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura (artículo 32 del

---

<sup>26</sup> Aun en ausencia de normas de imprescriptibilidad en el ámbito interno de algunos países de la región podría arribarse a una conclusión similar, especialmente por medio de la directa aplicación de las convenciones internacionales sobre la materia (la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad e incluso el propio Estatuto de Roma). Esta interpretación estaría avalada por los ordenamientos jurídicos de México (véase la sección D.I. del informe correspondiente), Uruguay (sección D) y Costa Rica (sección D); también en Argentina (secciones B y D). Por su parte, en Chile la Corte Suprema ha negado la posibilidad de declarar imprescriptibles los crímenes internacionales con base en el derecho consuetudinario internacional. El recurso al derecho internacional contractual —en el caso, a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad— estaba excluido, ya que Chile no ha ratificado esta convención. Cf. en este sentido el informe de Chile, sección D.

<sup>27</sup> Para mayores detalles, cf. el informe de Venezuela, sección D.

<sup>28</sup> Asimismo, la legislación mexicana impide el indulto de determinados delitos entre los cuales se encuentra el genocidio. La nómina de estos delitos no indultables es sin embargo bastante amplia, e incluye los delitos de traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, delitos contra la salud, secuestro, violación y delitos intencionales contra la vida. Cf. el informe de México, sección D.

Código Penal colombiano) y la regulación de la responsabilidad del superior (artículo 73 del Código de Justicia Militar de El Salvador).<sup>29</sup>

El principio de jurisdicción universal, por otra parte, se encuentra previsto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos como una excepción al principio de territorialidad.<sup>30</sup> El alcance y la forma como se incorpora este principio no son, sin embargo, los mismos en todos estos ordenamientos. En la gran mayoría de ellos no se especifican puntualmente los delitos a los cuales se aplica este principio, sino que su identificación se efectúa a través de una fórmula amplia, tal como la de “delitos contra el derecho de gentes” o “delitos contra el derecho internacional” (así, en Argentina, artículo 118 de la Constitución Nacional, y Venezuela, artículo 4 del Código Penal,<sup>31</sup> respectivamente) o bien mediante una remisión a los delitos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos (así, en Costa Rica, artículo 7 del Código Penal;<sup>32</sup> en Bolivia, artículo 1.7 del Código Penal; El Salvador, artículo 10 del Código Penal; Perú, artículo 2.5 del Código Penal; en Chile, artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales;<sup>33</sup> en Brasil, artículo 7.II, *a*, del Código Penal<sup>34</sup>).<sup>35</sup> Más allá de estas formulaciones genéricas, en algunos Estados se consagra expresamente la aplicación del principio universal a crímenes internacionales precisos. Así, el artículo 7 del Código Penal costarricense, para el caso del genocidio, y en Brasil el artículo 7.I, *d*, del Código Penal respecto del genocidio<sup>36</sup> y el artículo 2 de la ley 9.455/97 respecto del crimen de tortura. De todos modos, y pese a esta amplia recepción del principio universal, la persecución penal de crímenes internacionales se ve impedida

---

<sup>29</sup> El artículo 73 del Código de Justicia Militar de El Salvador regula la responsabilidad del superior en los siguientes términos: “El Oficial que no ponga todos los medios que estén a su alcance para evitar que sus subalternos cometan actos de devastación, saqueo o pillaje de que se trata este capítulo, incurrirá en la pena de reclusión de cinco a diez años”.

<sup>30</sup> Véase también Ambos, Caro, Guzmán, Modollel, Moreno, Pastor, Rocha de Assis y Velásquez, “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, en *Revista Penal* (La Ley, España), n° 10 (2002), pp. 130 y ss.

<sup>31</sup> Aunque la redacción de este artículo parecería limitar la aplicación del principio a los crímenes cometidos “en alta mar”. Asimismo, esta norma exige como requisito de procedibilidad que el autor se encuentre de forma “voluntaria” en el país.

<sup>32</sup> El artículo 8 del Código Penal de este país requiere como condición de procedibilidad que el acusado se encuentre en territorio de Costa Rica.

<sup>33</sup> La doctrina de este país entiende que para que pueda iniciarse un proceso el acusado debe estar en Chile. Cf. el informe de Chile, sección C.I.

<sup>34</sup> Entre los diversos requisitos que condicionan la intervención de la jurisdicción de los tribunales del Brasil en estos casos pueden mencionarse los siguientes: que el acusado se encuentre en territorio brasileiro, que el hecho sea punible según la legislación de ese país y que sea también uno de aquellos por los cuales se autoriza la extradición (cf. artículo 7 del Código Penal).

<sup>35</sup> En Uruguay se prevé una formulación semejante, aunque se especifica que los delitos deben estar “sometidos a la ley uruguaya en virtud de [...] convenciones internacionales” (artículo 10.7 del Código Penal).

<sup>36</sup> Con la condición de que el autor tenga domicilio en Brasil (artículo 7.I, *d*, del Código Penal).

en Latinoamérica, como se ha visto, principalmente por la ausencia en sus legislaciones de tipos penales específicos en la materia.

La *jurisprudencia* latinoamericana referida al derecho penal internacional es verdaderamente escasa. En los pocos procesos que en Latinoamérica han ventilado hechos de esta naturaleza se han aplicado casi con exclusividad normas del derecho penal común. La razón de ello ha sido, desde luego, el retraso legislativo en cuanto a la previsión de normas específicas de derecho penal internacional. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos se puede constatar en los últimos años una tendencia en la jurisprudencia favorable a aplicar normas penales del derecho internacional en el ámbito interno. Este fenómeno se ha dado con gran fuerza en Argentina, donde la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la vigencia no estricta del principio de legalidad penal al juzgar crímenes internacionales,<sup>37</sup> sobre la imprescriptibilidad de estos crímenes<sup>38</sup> y sobre la imposibilidad de amnistiarlos, de acuerdo con el derecho internacional.<sup>39</sup> E incluso se ha afirmado (aunque en definitiva sin resolver el caso por esta vía) la posibilidad de recurrir directamente a las figuras de crímenes internacionales de las convenciones internacionales para suplir la ausencia de tipos específicos en la legislación interna del país. Pero también los tribunales de otros países de la región han comenzado a ocuparse de la materia y a aplicar normas de derecho penal internacional en el ámbito interno. Así, por ejemplo, en Colombia y Chile se encuentran pronunciamientos en contra de la posibilidad de conceder amnistías en caso de crímenes internacionales.<sup>40</sup> En el ámbito regional no puede dejar de mencionarse la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* del 14 de marzo de 2001. En esta decisión la Corte declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobierno peruano en favor de policías, militares y civiles que hubieren cometido o participado en hechos de violaciones a los derechos humanos entre 1980 y 1995 carecían de efectos jurídicos al ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos pronunciamientos jurisprudenciales reducen en cierta medida la brecha que existe entre el derecho interno de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y las normas penales del derecho internacional en cuanto a la materia.

Por último, deben mencionarse dos sentencias de tribunales latinoamericanos que analizan e interpretan la misma normativa del Estatuto de Roma. Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela del 9 de diciembre de 2002, que realiza un detallado análisis de diversos elementos típicos del crimen de lesa

---

<sup>37</sup> Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *in re Schwammberger*, en *El Derecho* (ED), t. 135, pp. 323 y ss.

<sup>38</sup> Cf. el fallo citado en la nota anterior y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia *in re Priebke* del 2/11/1995, en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 1996-I, pp. 331 y ss.

<sup>39</sup> Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7, *in re Simon* del 6/3/2001, en *Nueva Doctrina Penal* (NDP) 2000/B, p. 527.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencia n° C.578 de julio de 2002.

humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma.<sup>41</sup> Por otro lado, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia que ha declarado la compatibilidad entre la Constitución colombiana y las normas del Estatuto de Roma, ha analizado y se ha expedido sobre ciertas normas del Estatuto.<sup>42</sup>

### **3. La influencia del Estatuto de Roma en la modelación concreta de las legislaciones nacionales**

La aprobación del Estatuto de Roma ha servido en los Estados de Latinoamérica para impulsar la discusión sobre la necesidad de contar con una legislación nacional completa y eficiente para hacer frente a los crímenes internacionales y sobre la necesidad de crear mecanismos de cooperación entre los Estados y ahora especialmente con la Corte Penal Internacional. Sin embargo, en algunos informes se pone de manifiesto que la influencia real que hasta el momento ha tenido este instrumento internacional es menor de la que en un principio se podría haber esperado. En ellos se señala que la discusión sobre la conveniencia o necesidad de adecuar las normativas internas a los parámetros internacionales ha tenido lugar en general solamente en algunos sectores específicos de la sociedad, como el de las organizaciones no gubernamentales. En general, el tema de la persecución penal de crímenes internacionales no es primordial en la agenda política de estos Estados, ni interesa a la sociedad civil, y ni siquiera el ambiente universitario se ha comprometido en una medida considerable con su estudio,<sup>43</sup> como sí ha ocurrido en otras regiones geográficas. De todos modos, a pesar de que, como se ha visto, en algunos Estados el Estatuto de Roma no ha tenido aún una gran repercusión, en líneas generales puede afirmarse que la aprobación de este acuerdo internacional ha dado inicio en la región a un proceso de concientización y discusión sobre la necesidad de incorporar en el ámbito interno una legislación adecuada para sancionar con el derecho penal las graves violaciones a los derechos humanos que significan los crímenes internacionales.

Por otra parte, la aprobación del Estatuto de Roma no ha provocado hasta el momento que algún Estado latinoamericano haya revisado sus ordenamientos jurídicos con el fin de adecuarlos a este nuevo compromiso internacional. Incluso en los países de la región que ya lo han ratificado no se registran modificaciones de los ordenamientos jurídicos motivadas en el Estatuto. Solamente en Colombia la aprobación del Estatuto de Roma originó una fuerte discusión que en definitiva provocó una reforma del ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, en este caso no se trató en

---

<sup>41</sup> Tribunal Supremo, Sala Constitucional del 9/12/2002.

<sup>42</sup> Sentencia n° C-578 de 2002.

<sup>43</sup> Aunque con diferentes matices, esto ha sido resaltado en los informes de Brasil (cf. sección G.III), El Salvador (cf. sección H.I), Perú (cf. sección G.III), México (cf. sección I) y Venezuela (cf. sección A).

sentido estricto de una reforma de la legislación con el fin de adecuarla a la normativa internacional, sino de una reforma constitucional destinada a crear las condiciones normativas necesarias para posibilitar la ratificación misma del Estatuto. En efecto, diferentes sectores políticos sostenían que algunas normas del Estatuto de Roma eran incompatibles con la Constitución Política colombiana, por lo cual solo una reforma constitucional podría allanar el camino a una posterior ratificación. Esta reforma finalmente tuvo lugar y posteriormente Colombia ratificó el Estatuto.<sup>44</sup> Pero, más allá de esta reforma que puede calificarse como “previa”, tampoco en Colombia la aprobación del Estatuto de Roma (ni su suscripción y ratificación) ha conducido por el momento a reformas concretas en la legislación interna. Antes bien, la considerable normativa que contiene el Código Penal colombiano sobre derecho humanitario internacional se debe a la naturaleza del conflicto armado en ese país.

A diferencia del caso colombiano, en otros Estados de la región la alegada incompatibilidad entre algunas de las normas del Estatuto de Roma y la respectiva Carta Fundamental del Estado ha frustrado, hasta ahora, la ratificación (o aun la misma suscripción) de este instrumento internacional. Así, en México, uno de los mayores impedimentos para la ratificación del Estatuto ha sido la norma de este cuerpo normativo que establece la irrelevancia de las reglas de inmunidad que conllevan ciertos cargos oficiales, tanto con arreglo al derecho interno como al internacional (artículo 27 del Estatuto de Roma), por cuanto se han reputado incompatibles con las normas respectivas de la Constitución Política de ese país.<sup>45</sup> También en Chile los esfuerzos por la ratificación han encontrado un freno en la objeción de que esta implicaría la declinación de la jurisdicción penal del Estado y, con ello, de su soberanía, lo cual exigiría la previa realización de una reforma constitucional.<sup>46</sup> En El Salvador, por su parte, la razones que llevaron a que ese país no haya siquiera suscrito el Estatuto de Roma se encuentran en que su ordenamiento constitucional prohíbe la admisión de

---

<sup>44</sup> La reforma consistió en el agregado de los siguientes párrafos al artículo 93 de la Constitución colombiana: “El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido por esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”. Esta reforma constitucional allanó el camino para la posterior aprobación legislativa del texto del Estatuto de Roma (ley 742, del 5/6/2002). La Corte Constitucional ha declarado la conformidad constitucional de dicha ley mediante la providencia n° C-578 de 2002. En Brasil las objeciones sobre la compatibilidad se resolvieron sin necesidad de una reforma constitucional (cf. sección G.III).

<sup>45</sup> Cf. el informe de México, sección D.

<sup>46</sup> Sentencia del 8 de abril de 2002, Boletín n° 2293-10 de la Cámara de Diputados de Chile, cf. el informe de Chile, sección A, y la crítica de Correa G. y Bascañan Rodríguez —en la *Revista de Estudios de la Justicia* n° 1 (2002), p. 129—, quienes con razón consideran “paradójico” (p. 159) que el tribunal justifique la inconstitucionalidad del Estatuto con base en que este presuntamente generaría una desprotección de los derechos fundamentales.

las penas a perpetuidad, que sí están admitidas por este instrumento internacional (artículo 77.1, b).<sup>47</sup> Con ello se explica y justifica en estos ámbitos jurídicos la falta de adecuación del derecho interno a los estándares estipulados en Roma en julio de 1998.

En términos generales, la falta de adecuación de las normativas nacionales a los parámetros internacionales es una constante en la región. En muchos países latinoamericanos la asunción de compromisos internacionales mediante la suscripción y ratificación de tratados internacionales no los ha empujado más que en contadas ocasiones a reformar sus legislaciones. Aunque sea cierto que la aprobación del Estatuto de Roma ha originado una discusión mayor de la que antes habían provocado otros instrumentos internacionales en la materia, por el momento no ha logrado cambios efectivos en las legislaciones. Las pocas modificaciones de los ordenamientos jurídicos nacionales que en Latinoamérica han incorporado normas que pueden considerarse de *derecho penal internacional* se debieron, más bien, a la concreción o puesta en práctica de otros compromisos internacionales, especialmente derivados del derecho humanitario internacional (las Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977) y de la Convención contra el Genocidio, o bien por motivo de meras necesidades nacionales (como es el caso, por ejemplo, de Colombia, debido a prolongado conflicto armado). Si se utiliza un sentido más amplio del término *derecho penal internacional*, debe entonces señalarse que también se registran modificaciones en diversas legislaciones de la región destinadas a incorporar figuras para sancionar ciertas formas de criminalidad de interés particular para los Estados Unidos (narcotráfico, terrorismo).

Tampoco se puede ser muy optimista y pensar que este incremento real, aunque todavía exiguo, de las discusiones en torno al derecho penal internacional conducirá en un futuro no tan lejano a profundas reformas en las legislaciones internas de los países latinoamericanos o, aún más, a una implementación completa de las previsiones del Estatuto de Roma en la forma de un Código Penal Internacional especial (*Völkerstrafgesetzbuch*), tal como el que entró en vigencia en junio de 2002 en la República Federal de Alemania.<sup>48</sup> En algunos países ni siquiera existen proyectos de reforma sobre la materia o estos son solo proyectos aislados sobre temas específicos que la mayor parte de las veces no están motivados en el Estatuto de Roma.<sup>49</sup> En

---

<sup>47</sup> Cf. el informe de El Salvador, sección A.

<sup>48</sup> *Bundesgesetzblatt* 2002, tomo I, p. 2254; traducción a todos los idiomas de la ONU en <[www.iuscrim.mpg.de/forsch/online\\_pub.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html)>. El Proyecto del Grupo de Expertos coincide en lo fundamental con la ley y fue publicado en Bundesministerium der Justiz (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs*, 2001.

<sup>49</sup> El Salvador (cf. sección G.I), Costa Rica (cf. sección G.I), Colombia (sección G.I) y Venezuela, solo un proyecto general de CP. En Chile existe solamente un proyecto para introducir el crimen de genocidio que lleva más de diez años en el Congreso Nacional y está virtualmente “paralizado” (cf. sección B.I). En Bolivia solo existe un anteproyecto de Ley para la Tipificación de la Desaparición Forzada de Personas, pero que no guarda relación con el estatuto de Roma (cf. sección A). En Perú se

general, y según el estado actual de evolución, en el mejor de los casos se puede esperar tan solo que prosperen estos proyectos aislados, limitados a regular únicamente algunos aspectos particulares, o bien que las instancias de reforma de los códigos penales que están en curso en algunos países se aprovechen para incorporar, aunque sea de modo limitado, algunas normas de derecho penal internacional en los ordenamientos jurídicos internos. Solamente en Argentina y Brasil las perspectivas son más alentadoras, pues ambos países han encarado la elaboración de un proyecto integral de implementación del Estatuto de Roma que, de aprobarse, tendrá la forma de una ley especial. Ambos proyectos (hasta el momento en realidad *anteproyectos*) se encuentran en estos momentos por iniciar su trámite parlamentario, razón por la cual seguramente se necesitará todavía de un tiempo más o menos prolongado (y no previsible) para contar con una primera ley integral de implementación del Estatuto de Roma en Latinoamérica.<sup>50</sup>

#### 4. Resumen de las conclusiones

La situación de la legislación latinoamericana en cuanto a normas específicas de derecho penal internacional está muy lejos de ser la deseable. Prácticamente no existen normas sobre la materia más allá de la tipificación aislada de algún crimen internacional o las regulaciones concernientes al principio de jurisdicción universal. Sin embargo, en los tribunales de ciertos países de la región se constata una tendencia en favor de aplicar directamente, para suplir los déficit normativos, normas penales de derecho internacional.

Aunque gran parte de Estados latinoamericanos hayan suscrito y ratificado el Estatuto de Roma, ello no ha provocado hasta el momento modificaciones concretas en sus ordenamientos jurídicos. En general, la discusión sobre la necesidad de adecuar las legislaciones internas a los mandatos del Estatuto de Roma es todavía escasa, no solo en el ámbito político sino también en el sector académico y en la sociedad civil. Ello explica por qué solamente unos pocos Estados se encuentran trabajando en

---

prevé mediante la reforma constitucional declarar la imprescriptibilidad y la imposibilidad de la concesión de indulto, amnistía o gracia en caso de crímenes de guerra o contra la humanidad. Asimismo, la ley 27.837 de 4 de octubre de 2002 que crea la Comisión Especial Revisora del Código Penal le ha encargado a esta, como una de sus funciones, adecuar el CP a los delitos previstos en el Estatuto de Roma.

<sup>50</sup> En Brasil la redacción del proyecto fue encargada en por el Ministerio de Justicia a un grupo de expertos que concluyó su labor en octubre del 2002 (cf. Brasil, secciones A y G.I). En Argentina, el proyecto fue redactado por una Comisión Interministerial (sección G.I). Uruguay se encontraría en una situación intermedia —en el camino de Argentina y Brasil aunque aun en los comienzos—: si bien no existe aún un proyecto de implementación como el argentino o el brasilero, se ha nombrado una comisión interministerial destinada a establecer los procedimientos para asegurar la aplicación del Estatuto de Roma.

un proyecto amplio de implementación del Estatuto de Roma. De todos modos, no puede desconocerse que la aprobación del Estatuto ha significado un gran avance que dio inicio en la región a un proceso de concientización y a un aumento considerable de la discusión en torno al derecho penal internacional y a la necesidad de comprometerse con la persecución de crímenes internacionales ya en el nivel nacional. Seguramente este proceso se fortalecerá en el futuro y los Estados latinoamericanos contarán también con una legislación adecuada para perseguir y castigar los crímenes internacionales codificados por el Estatuto de Roma. Acompañar y supervisar este proceso es justamente la tarea del grupo de trabajo fundado en la reunión de Montevideo.

## **Tablas**

# Argentina

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (artículo 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo		
b) Lesión grave a la integridad física o mental		
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo		
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos		
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo		

## 2. Crimen de lesa humanidad <sup>1</sup>

**Tabla 2**

Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (artículo 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura		
g) violencia sexual		
h) persecución de un grupo o comunidad		
i) desaparición forzada de personas		
j) <i>apartheid</i>		
k) otros actos inhumanos		

<sup>1</sup> El hecho penal internacional *crimen de lesa humanidad* se compone de dos elementos: de un hecho conjunto y de diferentes actos. El tipo objetivo del crimen de lesa humanidad presupone siempre la realización de al menos una de las alternativas típicas (actos) del artículo 7.1, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Su carácter de crimen contra la humanidad y, con ello, de hecho penal internacional lo adquieren tales actos individuales cuando tienen lugar “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, hallándose en un contexto funcional con dicho ataque. En el ataque, el “hecho conjunto”, deben incluirse los actos concretos.

**3. Crimen de guerra<sup>2</sup>**

**a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales**

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional		
Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		
Art. 8.2, a, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	El art. 746 del CJM penaliza, en su inciso 1, segunda parte, al que “maltratare de obra” a los prisioneros de guerra.	
Art. 8.2, a, iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes		
Art. 8.2, a, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas		
Art. 8.2, a, vi, ECPI: denegación de un juicio justo		
Art. 8.2, a, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal		
Art. 8.2, a, viii, ECPI: toma de rehenes		

<sup>2</sup> El listado de las tablas se corresponde con el índice del artículo 8 ECPI. Sin embargo, el Estatuto no refleja el panorama del derecho internacional de una manera completa. Hay crímenes de guerra que son punibles según la costumbre internacional, pero que no entran en la competencia judicial de la Corte. Sobre todo en lo que se refiere a crímenes de guerra en conflictos no internacionales, el Estatuto contiene lagunas que se deben a un acuerdo político establecido durante la elaboración del Estatuto. Los crímenes de guerra no incluidos en el ECPI se contienen también en las siguientes tablas, y han sido ordenados según criterios materiales dentro del índice de tipos penales del artículo 8 ECPI. En la colum-

Tabla 3.2

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>i</i> , ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>ii</i> , ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iii</i> , ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iv</i> , ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>v</i> , ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vi</i> , ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vii</i> , ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares		

na de la izquierda se resaltan dichos crímenes de guerra en cursiva, seguidos de una referencia al documento correspondiente del derecho internacional humanitario. Las tablas se dividen, igual que en el índice del Estatuto, en crimen de guerra en conflictos internacionales (artículo 8.2, *a* y *b*, ECPI) y crimen de guerra en conflictos no internacionales (artículo 8.2, *c* y *e*, ECPI). En relación con los crímenes de guerra del artículo 8.2, *a*, ECPI, hay que tener en cuenta que las acciones típicas que allí se describen solo son punibles cuando se dirigen contra personas o bienes que están especialmente protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949. Se trata de enfermos, heridos, náufragos, prisioneros de guerra y personas civiles en el sentido de la IV Convención de Ginebra. Las personas civiles solo son personas protegidas en el sentido de la Convención cuando se encuentran sometidas al ámbito de poder o la fuerza del enemigo.

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

El art. 746 del CJM penaliza, en su inciso 2, al que “atacare sin necesidad hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, colegios, cárceles o casas de agentes diplomáticos o cónsules extranjeros, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos”.

Está penado con “prisión mayor”, cuya escala penal va de los dos años y un día a los seis años (art. 537, CJM).

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inciso 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

El art. 746 del CJM penaliza, en su inciso 1, primera parte, al que “obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas”.

Está penado con “prisión mayor”, cuya escala penal va de los dos años y un día a los seis años (art. 537, CJM).

Art. 8.2, *b*, xvi, ECPI: saquear

Art. 8.2, *b*, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

Art. 8.2, *b*, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos

---

Art. 8.2, *b*, xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”

---

Art. 8.2, *b*, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno

---

Art. 8.2, *b*, xxii, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

---

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

---

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

---

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

---

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

---

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

---

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inciso 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos

médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Bolivia

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado.</b> Art. 138 del CP: “El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, o religioso...” (no incluye los grupos raciales)	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo	[...] diere muerte [...]	
b) Lesión grave a la integridad física o mental	[...] o causare lesiones [no distingue entre los tipos de lesión]	
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	[...] o los sometiera a condiciones de inhumana subsistencia [...]	
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	[...] o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción [...]	
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	[...] o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos [...]	

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente</b> (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura	Art. 295 (vejaciones y torturas): “Será sancionado con privación de libertad de seis meses a dos años, el funcionario que vejare, ordenare o permitiere vejare a un detenido. La pena será de privación de libertad de dos a cuatro años, si le infligiere cualquier especie de tormentos o torturas [...]” (como crimen individual)	Privación de libertad de dos a cuatro años para quien inflige tormentos o torturas. Si se causaren lesiones, de dos a seis años, y de diez años en caso de producirse la muerte.
g) violencia sexual		
h) persecución de un grupo o comunidad		
i) desaparición forzada de personas		
j) <i>apartheid</i>		
k) otros actos inhumanos		

**3. Crimen de guerra**

*a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>a</i> , i, ECPI: homicidio intencional		
Art. 8.2, <i>a</i> , ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		
Art. 8.2, <i>a</i> , iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves		
Art. 8.2, <i>a</i> , iv, ECPI: destrucción a apropiación de bienes		
Art. 8.2, <i>a</i> , v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas		
Art. 8.2, <i>a</i> , vi, ECPI: denegación de un juicio justo		
Art. 8.2, <i>a</i> , vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal		
Art. 8.2, <i>a</i> , viii, ECPI: toma de rehenes		

Tabla 3.2

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>i</i> , ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>ii</i> , ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iii</i> , ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iv</i> , ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>v</i> , ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vi</i> , ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vii</i> , ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>viii</i> , ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>ix</i> , ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>x</i> , ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos		

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, *xi*, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

Art. 8.2, *b*, *xii*, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *b*, *xiii*, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, *xiv*, ECPI: denegación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, *b*, *xv*, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

---

Art. 8.2, *b*, *xvi*, ECPI: saquear

Art. 8.2, *b*, *xvii*, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

---

Art. 8.2, *b*, *xviii*, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos

---

Art. 8.2, *b*, *xix*, ECPI: emplear los proyectiles denominados "Dum-Dum"

---

Art. 8.2, *b*, *xx*, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, *xxi*, ECPI: tratamiento degradante e indigno

---

Art. 8.2, *b*, *xxii*, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, *xxiii*, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

---

Art. 8.2, *b*, *xxiv*, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones,

---

unidades o personal sanitario protegidos

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

***b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales***

**Tabla 3.3**

<b>Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>c</i> , i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, <i>c</i> , ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, <i>c</i> , iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, <i>c</i> , iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

<b>Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>e</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>e</i> , ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, <i>e</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales) Art. 8.2, <i>e</i> , iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares		
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>e</i> , v, ECPI: saquear		
Art. 8.2, <i>e</i> , vi, ECPI: emplear violencia sexual		

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

---

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Brasil

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

Crimen de genocidio (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) Matanza de miembros del grupo	<p>Lei nº 2.889/56, art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:</p> <p>a) matar membros do grupo;</p> <p>CPM, art. 208. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo (Obs.: Crime em tempo de paz)</p> <p>Art. 401. Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no art. 208 (Obs.: Crime em tempo de guerra)</p>	<p>Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra <i>a</i> (Obs.: Pena - reclusão, de 12 a 30 anos)</p> <p>Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.</p> <p>Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.</p>
b) Lesión grave a la integridad física o mental	<p>Lei no 2889/56, art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:</p>	<p>Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra <i>b</i> (Obs.: Pena - reclusão, de 2 a 8 anos)</p>

	<p>[...]</p> <p>b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;</p> <p>CPM, art. 209. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim:</p> <p>[...]</p> <p>I - inflige lesões graves a membros do grupo (Obs.: Crime em tempo de paz) CPM, art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208. (Obs.: Crime em tempo de guerra)</p> <p>CPM, art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208. (Obs.: Crime em tempo de guerra)</p>	<p>Pena - reclusão, de seis a vinte e quatro anos.</p>
<p>c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo</p>	<p>Lei nº 2889/56, art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:</p> <p>[...]</p> <p>c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição total ou parcial;</p> <p>CPM, art. 209. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim:</p> <p>[...]</p> <p>II- submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;</p>	<p>Com as penas do art. 270, no caso da letra <i>c</i></p> <p>(Obs.: Pena - reclusão de 10 a 15 anos)</p> <p>Pena - reclusão, de seis a vinte e quatro anos.</p>

	(Obs.: Crime em tempo de paz) CPM, art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208. (Obs.: Crime em tempo de guerra)	
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	<p>Lei nº 2889/56, art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: [...] d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;</p> <p>CPM, art. 209. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim: [...] IV- impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;</p> <p>(Obs.: Crime em tempo de paz) CPM, art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208. (Obs.: Crime em tempo de guerra)</p>	<p>Com as penas do art. 125, no caso da letra <i>d</i> (Obs.: Pena - reclusão de 3 a 10 anos)</p> <p>Pena reclusão, de seis a vinte e quatro anos.</p>
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	<p>Lei nº 2889/56, art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: [...] e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.</p>	<p>Com as penas do art. 148, no caso da letra <i>e</i> (Obs.: Pena - reclusão de 1 a 3 anos) Pena - reclusão de 2 a 5 anos: III - se a privação da liberdade dura mais de 15 dias (§ 1º) Se resulta à vítima, em razão dos maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:</p>

<p>CPM, art. 209. Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos, quem, com o mesmo fim: [...]</p> <p>V- efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo (Obs.: Crime cometido em tempo de paz)</p> <p>CPM, art. 402. Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV ou V, do parágrafo único, do art. 208. (Obs.: Crime em tempo de guerra)</p>	<p>Pena - reclusão de 2 a 8 anos (§ 2º)</p> <p>Pena - reclusão, de seis a vinte e quatro anos.</p>
--	--

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente</b> (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) asesinato</li> <li>b) exterminio</li> <li>c) esclavitud</li> <li>d) deportación o traslado forzoso de población</li> <li>e) encarcelación o privación grave de libertad física</li> <li>f) tortura</li> </ul>	<p>Lei nº 9455/97, art. 1º - Constitui crime de tortura:</p> <p>I. constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:</p> <p>a. com o fim de obter informação, declaração ou confissão</p>	<p>Pena - reclusão de 2 a 8 anos.</p> <p>Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 a 10 anos; se resulta morte, reclusão de 8 a 16 anos.</p>

- da vítima ou de terceira pessoa;
- b. para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c. em razão de discriminação racial ou religiosa;
- II. submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com o emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo:  
(Obs.: não tem como elemento ser cometido como forma de ataque generalizado ou sistemático à população civil)
- g) violencia sexual
- h) persecución de un grupo o comunidad
- i) desaparición forzada de personas
- j) *apartheid*
- k) otros actos inhumanos

### 3. Crimen de guerra

#### a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales

Tabla 3.1

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional	CPM, art. 400, inc. I	Reclusão de 12 a 30 anos.
	CPM, art. 400, inc. II	Pena do homicídio simples, reduzida de um sexto a um terço.
	CPM, art. 400, inc. III	Morte, grau máximo; reclusão de vinte anos, grau mínimo.
Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		



**Tabla 3.2**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido		
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares		
Art. 8.2, <i>b</i> , viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado		
Art. 8.2, <i>b</i> , ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.		

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en el poder del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

---

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

---

Art. 8.2, *b*, xvi, ECPI: saquear

CPM, art. 406. Praticar o saque em zona de operações militares ou em território militarmente ocupado

Morte, grau máximo; reclusão de vinte anos, grau mínimo

---

Art. 8.2, *b*, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

---

Art. 8.2, *b*, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos

---

Art. 8.2, *b*, xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados "Dum-Dum"

---

Art. 8.2, *b*, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno

Art. 8.2, <i>b</i> , xxii, ECPI: emplear violencia sexual	CPM, art. 408. Praticar qualquer dos crimes de violência carnal definidos nos arts. 232 e 233, em lugar de efetivas operações militares	Reclusão de 4 a 12 anos Se da violência resulta lesão corporal grave: reclusão de 8 a 20 anos Se da violência resulta morte: pena - morte, grau máximo; reclusão, de 15 anos, grau mínimo
---	---	---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
--	---	---

Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura

Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona

Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes

Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
--	---	---

Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil

Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos

Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

---

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

---

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no recono-

cidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Chile

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo		
b) Lesión grave a la integridad física o mental		
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo		
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos		
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo		

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) asesinato b) exterminio c) esclavitud d) deportación o traslado forzoso de población e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura	<p>(Sólo como crimen individual). Código Penal, art. 150 A: “El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo [de quinientos cuarenta y un días a cinco años] y la accesoria correspondiente.</p> <p>Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello. Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público</p>	<p>Véase lo marcado entre corchetes en la columna de al lado.</p>

compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo [de tres años y un día a diez años] y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este párrafo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio [de cinco años y un día a quince años] y de inhabilitación absoluta perpetua”.

Art. 150 B: “Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas: 1°. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero; 2°. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y 3°. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A. En todos estos casos se impondrán, además, las penas accesorias que correspondan”.

---

- g) violencia sexual
- 
- h) persecución de un grupo o comunidad
- 
- i) desaparición forzada de personas
- 
- j) *apartheid*
- 
- k) otros actos inhumanos
- 

### 3. Crimen de guerra

#### a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales

Tabla 3.1

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional		
Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		
Art. 8.2, a, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	Art. 262 del CJM: “Los militares que, faltando a la obediencia que deben a sus jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los territorios en que operen o cometan otros actos de violencia grave en las personas [...]”.	Presidio mayor en sus grados medio a máximo (de diez años y un día a veinte años de privación de la libertad).
Art. 8.2, a, iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes	Art. 262 del CJM, transcrito <i>supra</i> .	Como <i>supra</i> .
Art. 8.2, a, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas	Art. 261, núm. 1º, del CJM: “El que obligue a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas [...]”.	Reclusión menor en cualquiera de sus grados (de sesenta y un días a cinco años de privación de la libertad).
Art. 8.2, a, vi, ECPI: denegación de un juicio justo		

Art. 8.2, *a*, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal

Art. 8.2, *a*, viii, ECPI: toma de rehenes

**Tabla 3.2**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido	Art. 263, núm. 2º, del CJM: El que “por crueldad y fuera del caso de legítima defensa cometa violencias innecesarias contra un militar herido o enfermo...”.	Presidio mayor en cualquiera de sus grados (de diez años y un día a veinte años de privación de la libertad).
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares	Art. 264 del CJM: “El que, en tiempo de guerra y en la zona de operaciones de una fuerza en campaña, use sin derecho las insignias, banderas o emblemas de la Cruz Roja...”.	Reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años de privación de la libertad).

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

Art. 261, núm. 2º, del CJM: El que “contraviniendo las instrucciones recibidas, sin necesidad y maliciosamente, ataque hospitales o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos para tales casos, o destruya templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte...”.

Reclusión menor en cualquiera de sus grados (de sesenta y un días a cinco años de privación de la libertad).

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inc. 2º, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 263, núm. 1º, del CJM: El que “despoje de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos”.

Presidio mayor en cualquiera de sus grados (de diez años y un día a veinte años de privación de la libertad).

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xvi, ECPI: saquear</p>	<p>Art. 262 del CJM, transcrito <i>supra</i>.</p>	<p>Véase <i>supra</i>.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno</p>	<p>Art. 261, núm. 1°, segunda parte, del Código De justicia militar: El que “maltratare de obra [a los prisioneros de guerra], los injurie gravemente, o los prive del alimento indispensable o de la asistencia médica necesaria”.</p>	<p>Reclusión menor en cualquiera de sus grados (de sesenta y un días a cinco años de privación de la libertad).</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxii, ECPI: emplear violencia sexual</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos</p>	<p>Art. 261, núm. 2°, del Código de justicia militar, transcrito <i>supra</i>.</p>	<p>Véase <i>supra</i>.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años</p>		
<p>Art. 85.4, <i>b</i>, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, <i>a</i>, vii, ECPI</p>		

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos	Art. 261, núm. 2º, del CJM, transcrito <i>supra</i> .	Véase <i>supra</i> .
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, b, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, em-		

blemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

Art. 261, núm. 2º, del CJM, Véase *supra*.  
transcrito *supra*.

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

Art. 262 del CJM, transcrito Véase *supra*.  
*supra*.

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no recono-

cidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Colombia

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo	El art. 101 del Código Penal sanciona a quien “con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros”.	La pena es de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión.
b) Lesión grave a la integridad física o mental	El num. 2° del inc. 2° del art. 101 establece la pena será de prisión de diez (10) a veinticinco años (25), “cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo”.	Para las conductas consagradas en los cinco numerales del inc. 2 del art. 101, se consagra la pena de prisión de 10 a 25 años.
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	El num. 3° del inc. 2 del art. 101 consagra el acto de: “Sometimientos de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.	

- |   |   |
|---|---|
| d) Medidas destinadas a impedir nacimientos               | El num. 4° del inc. 2 del art. 101 sanciona el “tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”.   |
| e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo | El num. 5° del inc. 2 del art. 101 sanciona el “Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Además de todo lo anterior, en el num. 1 del mismo inc. 2, se castiga el “embarazo forzado”. |

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente</b> (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) asesinato	<p>El art. 58 del Código Penal, num. 3°, establece mayor punibilidad para diversas conductas, entre ellas, el homicidio, en caso de que “la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”.</p> <p>El art. 104, num. 9°, dentro de las circunstancias especiales de agravación para la conducta de homicidio, establece que se agravará la conducta cuando se cometa en “persona internacionalmente protegida diferente</p>	<p>El homicidio simple tiene pena de 13 a 25 años. En el caso de que sea agravado, con base en el art. 58 y sólo tenga lugar esa circunstancia de agravación, el juez debe aplicar la pena, dentro del cuarto máximo en el cual se halla dividida la pena prevista para la conducta.</p> <p>La pena establecida para el homicidio agravado, por vía del art. 104, es de 25 a 40 años de prisión.</p>

a las contempladas en el título II”, que se refiere a las personas protegidas por el derecho internacional humanitario. Por su parte, el num. 10° castiga, de manera más gravosa si se comete la conducta en “persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello”.

b) exterminio	En este caso es posible aplicar el art. 101, primer artículo de la parte especial del Código Penal, que se refiere al genocidio.	La pena prevista es de 30 a 40 años de prisión.
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población	<p>El art. 180 del Código Penal castiga a “quien de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de residencia...”.</p> <p>El último inciso de la norma establece: “No se entenderá por desplazamiento forzado el movimiento de la población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional”.</p> <p>El art. 181 consagra circunstancias de agravación. El num. 3° dispone que se agravará la conducta, cuando “se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos</p>	<p>Tiene pena de prisión de seis (6) a doce (12) años.</p> <p>La pena, de 6 a 12 años de prisión, se aumentará hasta en una tercera parte.</p>

	de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias”.	
e) encarcelación o privación grave de libertad física	Existen normas en las cuales se podrían enmarcar estas conductas, pero ellas carecen del denominado “elemento contextual”.	
	Art. 174: se refiere al “servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad”.	La pena es de tres a cinco años.
	Art. 175. Se castiga al servidor público que prolongue ilícitamente la privación de la libertad de una persona”.	La pena es de tres a cinco años.
	El art. 176, castiga al “servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad”.	La pena es de dos a cinco años.
	Art. 177. Se castiga al “juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de hábeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación”.	La pena es de tres a cinco años.
f) tortura	Art. 178 del Código Penal: Se castiga a quien “inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.	Penas de prisión de ocho (8) a quince (15) años.

Inc. 2º: “En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior

“No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherentes a ellas”.

El art. 179 consagra circunstancias de agravación. Entre ellas, el num. 2º agrava la conducta cuando el agente sea servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o aquiescencia del servidor público.

El num. 4º agrava la conducta si ésta se comete contra las siguientes personas, en razón a sus calidades: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil”.

En caso de que concurra alguna circunstancia de mayor punibilidad, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

---

g) violencia sexual

---

h) persecución de un grupo o comunidad

---

i) desaparición forzada de personas

El art. 165 castiga al “particular que someta a otra persona a

La pena es de prisión de veinte (20) a treinta (30) años.

privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”.

El inc. 2º establece: “A la misma pena quedará sometido el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.

El art. 166 consagra circunstancias de agravación. Según el num. 1, se aumenta la pena, cuando la conducta se cometa por “quien ejerza autoridad o jurisdicción”.

El num. 4º, por su parte, establece que se agrava la conducta si ella se produce contra las siguientes personas: “servidores públicos, periodistas, comunicadores, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o fallas disciplinarias, juez de paz o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia”.

El num. 5º señala la agravación, cuando la “conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el

En caso de concurrir cualquier circunstancia de agravación de las previstas en el art. 166, la pena será de 30 a 40 años.

segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

El num. 7° agrava la conducta si “se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos y degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito”.

El num. 8° agrava la conducta “cuando por causa o con ocasión de la desaparición le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas”.

Por su parte, el num. 9° aumenta la pena si se comete “cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros”.

j) *apartheid*

El art. 147 del Código Penal, situado dentro de las infracciones al derecho internacional humanitario, consagra conductas que pueden concebirse en el horizonte del *apartheid*. La norma establece el castigo para quien “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida”.

La pena prevista es de prisión de cinco a diez años.

k) otros actos inhumanos

### 3. Crimen de guerra

#### a. *Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
---	--	--

Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional

Art. 135 del Código Penal, primer artículo del título II de la parte especial, que consagra los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Se trata del homicidio en persona protegida. La norma sanciona a quien “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia”.

El artículo contiene un párrafo en el cual se aclara quiénes son personas protegidas. Son éstas:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan de las hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan

La conducta tiene una sanción de 30 a 40 años de prisión

depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados.

Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.

Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos

El art. 137 establece el castigo para quien, “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación...”.

El art. 136 consagra las lesiones en persona protegida. Se refiere a quien, en ocasión de conflicto armado, “cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme a Derecho Internacional Humanitario”.

El art. 146 consagra el castigo para quien realice actos inhumanos y degradantes: se trata del castigo a quien “inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la

La pena prevista es de 10 a 20 años de prisión.

La sanción prevista es la propia de las lesiones personales, que oscila entre 1 a 2 años si hay incapacidad laboral, de 1 a 6 si hay deformidad o de 1 a 7 si hay perturbación funcional, pero incrementada hasta en una tercera parte, según sea el caso.

La pena prevista en el art. 146 es de cinco a diez años de prisión.



tienen “fuerzas peligrosas”. La norma castiga a quien en ocasión de conflicto interno y “sin justificación basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales...”.

<p>Art. 8.2, <i>a</i>, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas</p>	<p>El art. 150 del Código Penal se refiere al “constreñimiento a apoyo bélico”. La norma castiga a quien en desarrollo de conflicto armado, “constraña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversaria”.</p>	<p>La pena prevista es de 3 a 6 años de prisión.</p>
<p>Art. 8.2, <i>a</i>, vi, ECPI: denegación de un juicio justo</p>	<p>El art. 149 se refiere a la “detención ilegal y privación del debido proceso”. La norma sanciona a quien, en ocasión de conflicto armado, “prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial...”.</p>	<p>La pena prevista es de 10 a 15 años de prisión</p>
<p>Art. 8.2, <i>a</i>, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal</p>	<p>El art. 159 castiga a quien, en ocasión de conflicto armado “y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil...”.</p>	<p>La pena es de 10 a 20 años de prisión.</p>
<p>Art. 8.2, <i>a</i>, viii, ECPI: toma de rehenes</p>	<p>El art. 148 castiga a quien, “en ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa”.</p>	<p>La pena prevista es de 20 a 30 años de prisión.</p>

Tabla 3.2

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>i</i> , ECPI: ataques contra la población civil	<p>Se pueden aplicar diversas normas ya enunciadas, además de otras, como los actos de terrorismo establecidos en el art. 144.</p> <p>De acuerdo con la norma, se castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla...”.</p> <p>El art. 161 castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “estando en obligación de hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil”.</p> <p>El art. 158, bajo la denominación de “represalias”, castiga a quien, en desarrollo de conflicto armado, “haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos”.</p> <p>El art. 147, bajo la denominación de “actos de discriminación racial”, castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes, basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de</p>	<p>La pena se aplica por el solo hecho de cometer las conductas descritas conforme a la finalidad establecida; es de 15 a 25 años de prisión.</p> <p>La pena prevista es de 4 a 8 años de prisión.</p> <p>La pena prevista es de 2 a 5 años de prisión.</p> <p>La pena prevista es de 5 a 10 años de prisión.</p>

	<p>cualquier persona protegida”.</p> <p>El art. 151 se refiere al “despojo en el campo de batalla”. La norma castiga a quien en ocasión de conflicto armado, “despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida...”.</p>	<p>La pena prevista es de 3 a 10 años de prisión.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, ii, ECPI: ataques contra objetos civiles</p>	<p>Art. 160. Se castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil”.</p>	<p>La pena es de 5 a 10 años de prisión.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i>, Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos</p>	<p>Se puede aplicar el art. 154 ya reseñado.</p>	
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, v, ECPI: ataque a lugares no defendidos</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate</p>	<p>El art. 145, que hace relación en su tenor a varias conductas que a nivel internacional pueden agruparse en preceptos independientes, se refiere a los “actos de ferocidad”. La norma castiga a quien, en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos previstos por la ley como delitos independientes y sancionados con pena mayor, “realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia...”.</p>	<p>La pena prevista es de 10 a 15 años de prisión.</p>

Art. 85.3, *e*, Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido

Puede aplicarse el art. 145

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares

El art. 143 consagra la denominada “perfidia”. La norma castiga a quien, en desarrollo de conflicto “y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia”.

La pena se establece por la comisión, por sí solas, de las conductas descritas en la norma. Es de prisión de 3 a 8 años.

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

Puede aplicarse el art. 159.

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

El art. 156 castiga a quien, en ocasión de conflicto, “sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar...”.

La pena es de 3 a 10 años de prisión.

Art. 8.2, <i>b</i> , x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos	Puede aplicarse el art. 146 ya señalado.	
Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo	Puede aplicarse el art. 146 ya señalado.	
Art. 11.2, <i>c</i> , Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo	Puede aplicarse el art. 146 ya señalado.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga	Podría aplicarse el art. 145.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xii, ECPI: no dar cuartel	Puede aplicarse el art. 145 ya señalado	
Art. 8.2, <i>b</i> , xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo	Puede aplicarse el art. 154	
Art. 8.2, <i>b</i> , xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones	Puede aplicarse el art. 149	
Art. 8.2, <i>b</i> , xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país		
Art. 8.2, <i>b</i> , xvi, ECPI: saquear		
Art. 8.2, <i>b</i> , xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas	Existe el art. 142, que se refiere de manera general al uso de medios y métodos de guerra ilícitos. Se castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos [...]”.	La pena se impone por la mera comisión de cualquiera de las conductas descritas. Es de 6 a 10 años de prisión.
Art. 8.2, <i>b</i> , xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos	Puede aplicarse el art. 142.	

Art. 8.2, <i>b</i> , xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”	Puede aplicarse el art. 142.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.	Puede aplicarse el art. 142.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno	Puede aplicarse el art. 146 y, si se dan las circunstancias de intolerancia y discriminación, el art. 147.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xxii, ECPI: emplear violencia sexual	<p>Existen varias normas que se refieren a este fenómeno.</p> <p>El art. 138 se refiere al acceso carnal violento en persona protegida, el art. 139 se refiere a actos sexuales violentos diversos del acceso carnal, mientras que el art. 140 consagra circunstancias de mayor punibilidad, de conformidad con el art. 211 que las regula para los delitos sexuales.</p> <p>El art. 141 se refiere a quien en desarrollo de conflicto armado, “obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales..”</p>	<p>La pena prevista en el art. 138 es de 10 a 18 años.</p> <p>La pena prevista en el art. 139 es de 4 a 9 años. De acuerdo con el art. 140, en consonancia con el art. 211, la pena se puede aumentar de una tercera parte a la mitad.</p> <p>La pena prevista en este caso es de 10 a 18 años de prisión.</p>
Art. 8.2, <i>b</i> , xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos	<p>El art. 153 castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden y deben realizarse”. El inc. 2º establece que si se usa la violencia para impedir u obstaculizar las actividades sanitarias, la pena</p>	<p>La pena prevista es de 3 a 6 años de prisión.</p>

se podrá incrementar hasta la mitad.

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

El art. 162 castiga a quien, en ocasión de conflicto armado, “reclute a menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en las acciones armadas...”.

La pena prevista es de 6 a 10 años de prisión.

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>c</i> , i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura	Se pueden aplicar varias normas: el art. 135, el art. 136, el art. 137.	
Art. 8.2, <i>c</i> , ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona	Se pueden aplicar los arts. 146 y el 147 del Código Penal.	
Art. 8.2, <i>c</i> , iii, ECPI: toma de rehenes	Art. 148.	
Art. 8.2, <i>c</i> , iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales	Art. 149	

Tabla 3.4

<b>Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>e</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil	Se pueden aplicar diversos artículos. El art. 144, el art. 158, el art. 160, el art. 161.	
Art. 8.2, <i>e</i> , ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos	Art. 153	
Art. 8.2, <i>e</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)	Art. 143.	
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 144.	
Art. 8.2, <i>e</i> , iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares	Art. 156.	
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		

Art. 8.2, <i>e</i> , v, ECPI: saquear	
Art. 8.2, <i>e</i> , vi, ECPI: emplear violencia sexual	Arts. 138, 139 y 149, en concordancia con el art. 211
Art. 8.2, <i>e</i> , vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años	Art. 162.
Art. 8.2, <i>e</i> , viii, ECPI: desplazar a civiles	Art. 159.
Art. 8.2, <i>e</i> , ix, ECPI: matar o herir a traición	Podría aplicarse el art. 145.
Art. 8.2, <i>e</i> , x, ECPI: no dar cuartel	Puede aplicarse el art. 145.
Art. 8.2, <i>e</i> , xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos	Puede aplicarse el art. 146.
Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 146.
Art. 11.2, <i>c</i> , Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Podría aplicarse el art. 146.
Art. 8.2, <i>e</i> , xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo	Art. 154.
Art. 8.2, <i>e</i> , xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 142.
Art. 8.2, <i>b</i> , xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Costa Rica

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

Crimen de genocidio (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) Matanza de miembros del grupo		
b) Lesión grave a la integridad física o mental	Art. 375, inc. 1, 2. Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien: 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos”.	10 a 25 años de prisión
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	Art. 375, inc. 2, Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacio-	10 a 25 años de prisión

nalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien: [...] 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen”.

---

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	Art. 375, inc. 3, Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien: [...] 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos”.	10 a 25 años de prisión
<hr/>		
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	Art. 375, inc. 4, Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien: [...] 4) Traslada, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos”.	10 a 25 años de prisión

---

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) asesinato	Art. 379, Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y del Estatuto de Roma”.	10 a 25 años de prisión
b) exterminio	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
c) esclavitud	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
d) deportación o traslado forzoso de población	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
e) encarcelación o privación grave de libertad física	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
f) tortura	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
g) violencia sexual	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
h) persecución de un grupo o comunidad	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
i) desaparición forzada de personas	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
j) <i>apartheid</i>	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión
k) otros actos inhumanos	Art. 379, Código Penal	10 a 25 años de prisión

### 3. Crimen de guerra

#### a. *Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>a</i> , <i>i</i> , ECPI: homicidio intencional	Art. 378, Código Penal: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordenare realizar actos que puedan calificarse como violaciones graves o crímenes de guerra, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de los heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento de Derecho Internacional Humanitario”.	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , <i>ii</i> , ECPI: tortura, tratos inhumanos	Art. 378, Código Penal Art. 123 <i>bis</i> , para la tortura como figura autónoma fuera del contexto de conflicto armado: “Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o	10 a 25 años de prisión 3 a 10 años de prisión

confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil. Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones”

Art. 8.2, <i>a</i> , iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , vi, ECPI: denegación de un juicio justo	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>a</i> , viii, ECPI: toma de rehenes	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

**Tabla 3.2**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un		

ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a lugares no defendidos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 11.1, inc. 2º, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 11.2, <i>c</i> , Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

Art. 8.2, <i>b</i> , xii, ECPI: no dar cuartel	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xvi, ECPI: saquear	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxii, ECPI: emplear violencia sexual	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos	Art. 378 del Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 85.4, <i>b</i> , Protocolo adicional I: demora injustificable en la	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, a, vii, ECPI

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

<b>Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional:</b> incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura	Art. 378, Código Penal Art. 123 <i>bis</i> , para la tortura como figura autónoma fuera del contexto de conflicto armado	10 a 25 años de prisión 3 a 10 años de prisión
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

**Tabla 3.4**

<b>Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

Art. 8.2, <i>e</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , v, ECPI: saquear	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , vi, ECPI: emplear violencia sexual	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , viii, ECPI: desplazar a civiles	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , ix, ECPI: matar o herir a traición	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , x, ECPI: no dar cuartel	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, <i>e</i> , xi, ECPI: mutilación,	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

someter a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378 del Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 11.2, c, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, e, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, e, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, b, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión
Art. 8.2, b, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 378, Código Penal	10 a 25 años de prisión

Nota: el artículo 378 del Código Penal de Costa Rica remite a cualquier instrumento de derecho internacional humanitario para completar el tipo objetivo en caso de crímenes de guerra

# El Salvador

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
---	--	---

a) Matanza de miembros del grupo

Art. 361, Código Penal: Genocidio. “El que con el propósito de destruir parcial o totalmente un determinado grupo humano, por razón de su nacionalidad, raza o religión, cometiere homicidios u ocasionare daños corporales o psíquicos a miembros del grupo o los sometiere a condiciones que hicieren difícil su subsistencia o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción o realizare el desplazamiento violento de personas hacia otros grupos, será sancionado con prisión de diez a veinticinco años”.

“La sanción podrá aumentarse hasta treinta años si el directamente responsable de cualquier acto de genocidio fuere un funcionario civil o militar”.

De diez a veinte años de prisión el tipo penal básico.

Hasta treinta años de prisión si el sujeto activo es funcionario civil o militar

	“La proposición y la conspiración para actos de genocidio serán sancionadas con prisión de seis a doce años; y la incitación pública para cometer genocidio, será sancionada con prisión de cuatro a ocho años”.	De cuatro a ocho años para la proposición y conspiración en actos de genocidio.  De cuatro a ocho años la incitación pública para cometer genocidio.
b) Lesión grave a la integridad física o mental	Art. 361, Código Penal: Genocidio.	
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	Art. 361, Código Penal: Genocidio	
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	Art. 361, Código Penal: Genocidio	
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	Art. 361, Código Penal: Genocidio (en la redacción del tipo no se menciona expresamente a los niños)	

## 2. Crimen de lesa humanidad

Tabla 2

Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física	Art. 148, Código Penal: Privación de libertad. “El que privare a otro de su libertad individual, será sancionado...”	Prisión de tres a seis años.
f) tortura	Art. 297, Código Penal: Tortura.	

	<p>“El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que con ocasión de las funciones de su cargo, sometiere a otra persona a tortura física o psíquica o que teniendo la facultad de evitarlo o impedirlo no lo hiciere...”</p>	<p>Prisión de seis años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.</p>
g) violencia sexual		
h) persecución de un grupo o comunidad		
i) desaparición forzada de personas	<p>Art. 364, Código Penal: Desaparición forzada de personas. “El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero [...]”.</p> <p>Art. 365, Código Penal: Desaparición forzada cometida por particular. “El que realizare la conducta descrita en el Artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública será sancionado [...]”.</p> <p>Art. 366, Código Penal: Desaparición de personas permitida culposamente. “El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado [...]”.</p> <p>“Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además [...]”</p>	<p>Prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término.</p> <p>Prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa.</p> <p>Pena de dos a cuatro años de prisión y multa de cien a ciento ochenta días multa.</p> <p>Inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término.</p>
j) <i>apartheid</i>		
k) otros actos inhumanos	<p>Art. 363, Código Penal: Violación de los deberes de humanidad. “El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare</p>	<p>Cinco a veinte años de prisión.</p>

los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y el que cometiére cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra [...]”.

### 3. Crimen de guerra

#### a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales

Tabla 3.1

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional	Art. 128, Código Penal: Homicidio simple. “El que matare a otro será sancionado...”	Prisión de diez a veinte años.
Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos	Art. 297, Código Penal: Tortura	Tres a seis años de prisión.
Art. 8.2, a, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	Art. 362, Código Penal: Violación de las leyes o costumbres de guerra. “El que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de guerra o de cualquier manera ocasionare daños psíquicos o corporales, deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pue-	Prisión de cinco a veinte años.

	blos o devastación no justificada por necesidades militares...”	
Art. 8.2, <i>a</i> , iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes	<p>Art. 68, Código de Justicia Militar. “Incurrirá en la pena [...] el militar que en tiempo de guerra internacional o civil, sin exigirlo las operaciones de guerra internacional, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades o saquee a los habitantes de poblados o del campo o cometa actos de violencia en las personas”.</p> <p>Art. 69. “Incurrirá en la pena de reclusión [...] el militar que en tiempo de guerra internacional cometa cualquiera de los actos siguientes: [...]</p> <p>3°. Destruya, en territorio amigo o enemigo, templos, bibliotecas, museos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráfica o de otra clase, sin exigirlo las operaciones de la guerra internacional”.</p> <p>Art. 70. “Incurrirá en la pena [...], el militar que despoje de sus vestidos u otras prendas personales a un herido o a un prisionero de guerra internacional para apropiárselos”.</p> <p>Art. 71. “Incurrirá en la pena [...], el militar que en tiempo de guerra internacional despoje a sus compañeros de armas, muertos en acción de guerra internacional, del dinero o alhajas que llevaban consigo y se los apropie”.</p> <p>Art. 72. “El militar que en tiempo de guerra internacional ocupe indebida o innecesariamente</p>	<p>Reclusión de quince a veinte años.</p> <p>Prisión de diez a quince años.</p> <p>Penas de reclusión de cinco a diez años</p> <p>Penas de reclusión de cinco a diez años</p> <p>Penas de reclusión de uno a cinco años.</p>

	edificios u objetos muebles...”	
	“El militar que por necesidad de las operaciones ocupare edificios u objetos muebles y no diere parte al superior, tan pronto como le sea posible, de la ocupación efectuada para la legalización de la misma...”	Pena de reclusión de seis meses a un año.
	Art. 73. “El Oficial que no ponga todos los medios que estén a su alcance para evitar que sus subalternos cometan actos de devastación, saqueo o pillaje de que trata este capítulo, incurrirá en...”	Pena de reclusión de cinco a diez años.
	Art. 362, Código Penal: Violación de las leyes o costumbres de guerra.	Prisión de cinco a veinte años.
Art. 8.2, a, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas	Art. 69, Código de Justicia Militar. “Incurrirá en la pena [...], el militar que en tiempo de guerra internacional cometa cualquiera de los actos siguientes:  1º. Obligue a los prisioneros de guerra internacional a <i>combatir contra sus banderas</i> , los maltrate de obra, los injurie gravemente o no suministre curación o alimentos necesarios pudiendo hacerlo”.	Pena de reclusión de diez a quince años.
Art. 8.2, a, vi, ECPI: denegación de un juicio justo		
Art. 8.2, a, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal	Art. 362, Código Penal: Violación de las leyes o costumbres de guerra.	Prisión de cinco a veinte años.
Art. 8.2, a, viii, ECPI: toma de rehenes	Art. 362, Código Penal: Violación de las leyes o costumbres de guerra.	Prisión de cinco a veinte años.

**Tabla 3.2**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>i</i> , ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>ii</i> , ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iii</i> , ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>iv</i> , ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>v</i> , ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vi</i> , ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>vii</i> , ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>viii</i> , ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado		
Art. 8.2, <i>b</i> , <i>ix</i> , ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.	Art. 69, num. 3°, Código de Justicia Militar.	Diez a quince años de reclusión.

Art. 8.2, *b*, *x*, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

Art. 8.2, *b*, *xi*, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

Art. 8.2, *b*, *xii*, ECPI: no dar cuartel

Art. 8.2, <i>b</i> , <i>xiii</i> , ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo	Art. 70, Código de Justicia Militar.	Prisión de cinco a diez años.
--	--------------------------------------	-------------------------------

Art. 8.2, *b*, *xiv*, ECPI: denegación de derechos o acciones

Art. 8.2, <i>b</i> , <i>xv</i> , ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país	Art. 69, Código de Justicia Militar.	Reclusión de diez a quince años.
---	--------------------------------------	----------------------------------

Art. 8.2, <i>b</i> , <i>xvi</i> , ECPI: saquear	Art. 73, Código de Justicia Militar.	Reclusión de cinco a diez años.
---	--------------------------------------	---------------------------------

Art. 8.2, *b*, *xvii*, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

Art. 8.2, *b*, *xviii*, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos

Art. 8.2, *b*, *xix*, ECPI: emplear los proyectiles denominados "Dum-Dum"

Art. 8.2, *b*, *xx*, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

Art. 8.2, *b*, *xxi*, ECPI: tratamiento degradante e indigno

Art. 8.2, *b*, xxii, ECPI: emplear violencia sexual

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

***b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales***

**Tabla 3.3**

<p><b>Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional:</b> incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha</p>	<p><b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b></p>	<p><b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b></p>
--	---	---

Art. 8.2, *c*, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura

Art. 363, Código Penal: Violación de los deberes de humanidad. “El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra

Prisión de cinco a veinte años.

o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y *el que cometiére cualquier acto inhumano contra la población civil*, antes, durante o después de acciones de guerra...”

Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona	Art. 363, Código Penal: Violación de los deberes de humanidad.	Prisión de cinco a veinte años.
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

<b>Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil	Art. 363, Código Penal: <sup>3</sup> Violación de los deberes de humanidad.  Art. 362, Código Penal: Violación de las leyes o costumbres de guerra.	Prisión de cinco a veinte años.
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, b, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (co-		

<sup>3</sup> En la legislación salvadoreña no existen descripciones típicas que se adecuen a esto, mas bien, estos dos delitos, por su amplitud, pueden contemplar las conductas descritas.

correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

---

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente

aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren en el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# España

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo	1º. “Con la pena de [...] si mataran a alguno de sus miembros”.	Prisión de quince a veinte años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. Y posible inhabilitación absoluta de 10 a 20 años o especial de 1 a 10 años (art. 616, CP).
b) Lesión grave a la integridad física o mental	2º. “[...] si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”. <sup>4</sup>	Prisión de quince a veinte años.

<sup>4</sup> El artículo 149 del CP establece: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

	3° in fine. “[...] o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150”. <sup>5</sup>	Prisión de ocho a quince años.
	5°. “[...] si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2° y 3° de este apartado”.	Prisión de cuatro a ocho años. Y posible inhabilitación absoluta de 10 a 20 años o especial de 1 a 10 años (art. 616, CP).
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	3°. “[...] si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud [...]”	Prisión de ocho a quince años. Y posible inhabilitación absoluta de 10 a 20 años o especial de 1 a 10 años (art. 616, CP).
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	4°. “[...] [si] adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción <sup>6</sup> [...]”  2°. “[...] si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”. <sup>7</sup>	Prisión de ocho a quince años.  Prisión de quince a veinte años. Y posible inhabilitación absoluta de 10 a 20 años o especial de 1 a 10 años (art. 616, CP).
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	4°. “[...] si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, [...] o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro”.	Prisión de ocho a quince años. Y posible inhabilitación absoluta de 10 a 20 años o especial de 1 a 10 años (art. 616, CP).

<sup>5</sup>El artículo 150 del CP establece: “El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

<sup>6</sup>Se incluyen en este apartado otras medidas destinadas a impedir los nacimientos distintas de las constitutivas de lesiones del artículo 149.

<sup>7</sup>Se incluyen como genocidio biológico las conductas de castración y lesiones que produzcan impotencia o esterilidad tipificadas como lesiones del artículo 149.

**2. Crimen de lesa humanidad**

**Tabla 2**

<p><b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)</b></p>	<p><b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b></p>	<p><b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b></p>
<p>a) asesinato</p>		
<p>b) exterminio</p>		
<p>c) esclavitud</p>		
<p>d) deportación o traslado forzoso de población</p>		
<p>e) encarcelación o privación grave de libertad física</p>		
<p>f) tortura</p>	<p>(Como crimen individual)                      Art. 174, CP: “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier modo atenten contra su integridad moral [...]”.                      “En las mismas penas incurrirán respectivamente la autoridad o</p>	<p>Prisión de dos a seis años o de uno a tres años e inhabilitación absoluta de ocho a doce años.</p>

funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

Art. 176. “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.

- g) violencia sexual
- h) persecución de un grupo o comunidad
- i) desaparición forzada de personas
- j) *apartheid*
- k) otros actos inhumanos

### 3. Crimen de guerra

#### a. *Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional	Art. 76, CPM: “El militar que intencionadamente causare la muerte [...] a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil [...] será castigado [...]”	Diez a veinticinco años de prisión.
Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos	Art. 76, CPM: “El militar que intencionadamente causare [...] torturas [...] o trato inhumano a herido, enfermo, náufrago,	Diez a veinticinco años de prisión.

	<p>prisionero de guerra, población civil [...]"</p> <p>Art. 609, CP: "El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos [...]"</p>	<p>Prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.</p>
<p>Art. 8.2, a, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves</p>	<p>Art. 76, CPM: "El militar que intencionadamente causare [...] lesiones graves [...] a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil [...] o les causare de propósito grandes sufrimientos [...]"</p> <p>Art. 609, CP: "El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida [...] le cause grandes sufrimientos [...]"</p>	<p>Diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>Prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.</p>
<p>Art. 8.2, a, iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes</p>	<p>Art. 613, CP: "1. Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: [...]"</p> <p>b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.</p> <p>c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensable para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como</p>	<p>Prisión de cuatro a seis años o pena superior en grado (6 a 12 años).</p>

medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.

d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado”.

---

Art. 8.2, *a, v*, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas

Art. 77, CPM: “Será castigado con la pena de [...] el militar que: [...]

Dos a ocho años de prisión.

5° Obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas [...]

Art. 611, CP: “Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: [...]

Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

3° Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa [...]

	<p>6º Cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra [...] coacciones para servir en las fuerzas armadas enemigas”.</p>	
<p>Art. 8.2, a, vi, ECPI: denegación de un juicio justo</p>	<p>Art. 77 CPM: “Será castigado con la pena de [...] el militar que: [...]”                      5º [...] les privare de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.                      6º. [...] les privara de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente”.</p> <p>Art. 611, CP: “Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: [...]”                      3º [...] les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente”.</p>	<p>Dos a ocho años de prisión.</p> <p>Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>
<p>Art. 8.2, a, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal</p>	<p>Art. 77, 6º, CPM: “[...] cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra, deportaciones y traslados ilegales, detenciones ilegítimas [...]”</p> <p>Art. 611, 4º, CP: “[...] Deporte, traslade de modo forzoso, [...] o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida”.</p>	<p>Dos a ocho años de prisión.</p> <p>Pena de prisión de diez a quince años.</p>
<p>Art. 8.2, a, viii, ECPI: toma de rehenes</p>	<p>Art. 77, 6º, CPM: “[...] cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra... toma de rehenes [...]”.</p> <p>Art. 611, 4º, CP: “[...] tome como rehén [...]”.</p>	<p>Dos a ocho años de prisión.</p> <p>Pena de prisión de diez a quince años.</p>

Tabla 3.2

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil	Art. 611, CP: “Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: 1º Realice u ordene realizar ataques indiscriminadamente o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”.	Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles	Art. 613, CP: “1. Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: [...] b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario. c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas. [...] e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas	Prisión de cuatro a seis años.

que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado”.

Art. 8.2, *b*, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas

Art. 611,1º, CP: “Realice u ordene realizar ataques indiscriminadamente o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla”.

Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos

Art. 613, 1, CP: “[...] d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo”.

Prisión de cuatro a seis años.

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a lugares no defendidos

Art. 77, 3º, CPM: “violare a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios, campos de prisioneros de guerra, zonas de refugio para poblaciones civiles y lugares de internamiento, dados a conocer por los signos

Dos a ocho años de prisión.

establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía”.

Art. 612, CP: “Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado:

1º. Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados”.

Prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

---

Art. 8.2, *b*, vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate

---

Art. 85.3, *e*, Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido

---

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares

Art. 75, CPM: “Será castigado con la pena de [...] el militar que:

1º. Ostentare indebidamente la bandera de parlamento, banderas o emblemas enemigos o neutrales o los signos distintivos de los Convenios de Ginebra”.

Prisión de seis meses a seis años.

Art. 612, CP: “4º. Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, espe-

Prisión de tres a siete años

cialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

5°. Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6°. Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición [...]”.

---

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

Art. 611, CP: “4°. Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga ilegalmente a cualquier persona protegida.

Prisión de diez a quince años.

5°. Traslade y asiente en territorio ocupado a población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente”.

---

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

Art. 77, CPM: “3°. violare a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios, campos de prisioneros de guerra, zonas de refugio para poblaciones civiles y lugares de internamiento, dados a conocer por los signos establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía. [...]

Dos a ocho años de prisión.

7°. Destruyere o deteriorare, sin

que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológicos y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico”.

Art. 612, CP: “Será castigado con la pena de [...] el que, con ocasión de un conflicto armado: 1°. Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados”.

Art. 613, CP: “a) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes culturales o lugares de culto claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén situados en la

Prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Prisión de cuatro a seis años o pena superior en grado (6 a 12 años).

inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario”.

---

Art. 8.2, *b, x*, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

Art. 76, CPM: “El militar que intencionadamente causare [...] lesiones graves [...] a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil [...] efectuase con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas [...]”.

Diez a veinticinco años de prisión.

Art. 609, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos [...]”.

Prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

---

Art. 11.1, inc. 2º, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

Art. 609, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida [...] o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la parte responsable de la actuación apli-

Prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

	caría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad”.	
Art. 11.2, <i>c</i> , Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo	Art. 609, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos [...]”.	Prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.
Art. 8.2, <i>b</i> , xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga		
Art. 8.2, <i>b</i> , xii, ECPI: no dar cuartel	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección	Prisión de seis meses a dos años.

de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de [...]”.

Art. 8.2, b, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 73, CPM: “El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere, o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares, será castigado con la pena de [...]”.

Tres a quince años de prisión.

Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.

Tres meses y un día a dos años de prisión.

Art. 613, CP: “b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario”.

Prisión de cuatro a seis años.

“e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje”.

Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones

Prisión de seis meses a dos años.

	o actos contrarios a las prescripciones [...]”.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Prisión de seis meses a dos años.
Art. 8.2, <i>b</i> , xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Prisión de seis meses a dos años.
Art. 8.2, <i>b</i> , xvi, ECPI: saquear	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Prisión de seis meses a dos años.
Art. 8.2, <i>b</i> , xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar	Prisión de seis meses a dos años.

	<p>cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.</p>	
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos</p>	<p>Art. 70, CPM: “El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con pena de [...]”.</p> <p>Art. 610, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de [...]”.</p>	<p>Prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”</p>	<p>Art. 70, CPM: “El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con pena de [...]”.</p> <p>Art. 610, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, com-</p>	<p>Prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>

<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.</p>	<p>prometiando la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de [...]”.</p>	<p>Prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión.</p>
	<p>Art. 70, CPM: “El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con pena de [...]”.</p>	<p>Prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno</p>	<p>Art. 610, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de [...]”.</p>	<p>Prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>
	<p>Art. 612, CP: “3º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en</p>	

	los Tratados internacionales en los que España fuere parte”.	
Art. 8.2, <i>b</i> , xxii, ECPI: emplear violencia sexual	<p>Art. 76, CPM: “El militar que intencionadamente causare [...] violación [...] a herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra, población civil [...]”.</p> <p>Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.</p> <p>Art. 612, CP: “3º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuere parte”.</p> <p>Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.</p>	<p>De diez a veinticinco años de prisión.</p> <p>Tres meses y un día a dos años de prisión.</p> <p>Prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p> <p>Prisión de seis meses a dos años.</p>
Art. 8.2, <i>b</i> , xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos	<p>Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.</p>	<p>Tres meses y un día a dos años de prisión.</p>

	<p>Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.</p>	<p>Prisión de seis meses a dos años.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos</p>	<p>Art. 77, CPM: “3º. Violare a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios [...] dados a conocer por los signos establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía”.</p>	<p>Dos a ocho años de prisión.</p>
	<p>Art. 612, CP: “1º Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados. 2º Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica o de las sociedades de socorro”.</p>	<p>Prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra</p>	<p>Art. 612, 1, CPM: “c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas”.</p>	<p>Prisión de cuatro a seis años.</p>

Art. 8.2, <i>b</i> , xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años	Art. 78, CPM: “El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Tres meses y un día a dos años de prisión.
	Art. 614, CP: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realizara u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones [...]”.	Prisión de seis meses a dos años.
Art. 85.4, <i>b</i> , Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, <i>a</i> , vii, ECPI	Art. 611, CP: “7º Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles”.	Prisión de diez a quince años.

***b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales***

**Tabla 3.3**

La legislación española no distingue entre crímenes de guerra cometidos en conflictos internos y crímenes de guerra cometidos en conflictos internacionales, por lo que la tabla anterior es válida para ambas categorías.

# México

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo	Art. 149 <i>bis</i> , 1 <sup>er</sup> párrafo, del CPF: “[...] Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos [...]”.	Se impondrá una pena de 20 a 40 años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.
b) Lesión grave a la integridad física o mental	Art. 149 <i>bis</i> , 3 <sup>er</sup> párrafo, del CPF: “[...] Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades [...]”.	Se impondrá una pena de 5 a 20 años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	Art. 149 <i>bis</i> , 4º párrafo, del CPF: “[...] a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial [...]”.	Se impondrá una pena de 5 a 20 años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	Art. 149 <i>bis</i> , 1º párrafo, del CPF: “[...] o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo [...]”.	Se impondrá una pena de 20 a 40 años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	Art. 149 <i>bis</i> , 3º párrafo, del CPF: “[...] o se trasladaren de ellas a otros grupos, menores de 16 años, empleando para ello la violencia física o moral [...]”.	Se impondrá una pena de 5 a 20 años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente</b> (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) asesinato (crimen individual)	Art. 307 del CPF: “[...] Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro [...]”. Art. 315 del CPF: “[...] Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición [...]”.	Art. 320 del CPF: “[...] Al responsable de un homicidio calificado se le impondrán de 30 a 60 años de prisión [...]”.
b) exterminio		

<p>c) esclavitud (crimen individual)</p>	<p>Art. 365 del CPF. Comete este delito el que “[...] I. obligue a otro a prestarle trabajos o servicios personales sin la retribución debida, ya sea empleando la violencia física o moral o valiéndose del engaño, de la intimidación o de cualquier medio, y II. Al que celebre con otro un contrato que prive a éste de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre, o que se apodere de una persona y la entregue a otro, con el objeto de que éste celebre dicho contrato”.</p>	<p>Se impondrá una pena de seis meses a tres años de prisión y multa de 25 a 100 días multa de salario mínimo.</p>
<hr/> <p>d) deportación o traslado forzoso de población</p> <hr/>		
<p>e) encarcelación o privación grave de libertad física (crimen individual)</p>	<p>Art. 364 del CPF: Comete el delito de privación ilegal de la libertad “[...] I. el particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días”.</p>	<p>Se impondrá una pena de seis meses a tres años de prisión y multa de veinticinco a cien días de salario mínimo. La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad cuando la privación de libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de 16 años o mayor de 60 años, o cuando por cualquier causa, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental, respecto de quien la ejecuta.</p>
	<p>Art. 366 del CPF: Comete el delito de privación ilegal de la libertad el que priva de la libertad a otro con el propósito de a) obtener un rescate; b) detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle un daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cual-</p>	<p>Se le impondrá una pena de 15 a 40 años de prisión y de quinientos a dos mil días multa de salario mínimo.</p>

quiera, o c) causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra.

Art. 215 del CPF: “[...] Comete el delito de abuso de autoridad el servidor público que incurra en alguna de las conductas siguientes: [...] VI. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente; VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones”.

Se aplicará una pena de prisión de uno a ocho años, de cincuenta hasta trescientos días multa de salario mínimo y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

f) tortura

Art. 3 de la LFPST: “[...] Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha

Art. 4 de la LFPST: “[...] A quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tercios del lapso de privación de libertad impuesta [...]”.

cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada. No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad [...]”.

g) violencia sexual  
(crimen individual)

Art. 265 del CPF: “[...] Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo [...] Para los efectos de este artículo se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. Se considerará también como violación al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido [...]”.

Se impondrá una pena de ocho a catorce años de prisión.

Art. 266 del CPF: “[...] Se equipara a la violación: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad; II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; III. Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menos de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de com-

Se impondrá una pena de 8 a catorce años. Si se ejerciera la fuerza física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad.

	prender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual sea el sexo de la víctima”.	
	Art. 365 <i>bis</i> del CPF: “[...] Al que privare ilegalmente a otro de su libertad con el propósito de realizar un acto sexual [...]”.	Se le impondrá una pena de uno a cinco años de prisión.
h) persecución de un grupo o comunidad		
i) desaparición forzada de personas	Art. 215, A, del CPF: “[...] Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención [...]”.	Se impondrá una pena de 5 a 40 años de prisión.
j) <i>apartheid</i>		
k) otros actos inhumanos		

### 3. Crimen de guerra

#### a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
---	---	---

Art. 8.2, *a*, i, ECPI: homicidio intencional

Art. 8.2, *a*, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos

Art. 8.2, *a*, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves

Art. 8.2, *a*, iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes

Art. 8.2, *a*, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas

Art. 8.2, *a*, vi, ECPI: denegación de un juicio justo

Art. 8.2, *a*, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal

Art. 8.2, *a*, viii, ECPI: toma de rehenes

**Tabla 3.2**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		

Art. 85.3, *e*, Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido

---

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares

---

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

---

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

---

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2º, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

---

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: dene-  
gación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a  
participar en acciones bélicas  
contra el propio país

---

Art. 8.2, *b*, xvi, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *b*, xvii, ECPI: emplear  
veneno o armas envenenadas

---

Art. 8.2, *b*, xviii, ECPI: emplear  
gases, líquidos, materiales o  
similares que estén prohibidos

---

Art. 8.2, *b*, xix, ECPI: emplear  
los proyectiles denominados  
“Dum-Dum”

---

Art. 8.2, *b*, xx, ECPI: emplear  
armas prohibidas y métodos de  
guerra aptos para provocar  
lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, xxi, ECPI: trata-  
miento degradante e indigno

---

Art. 8.2, *b*, xxii, ECPI: emplear  
violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar  
a personas protegidas como  
escudos

---

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques  
contra edificios, instalaciones,  
unidades o personal sanitario  
protegidos

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar  
intencionalmente la inanición  
como método de guerra

---

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar  
y utilizar a niños menores de 15  
años

---

Art. 85.4, *b*, Protocolo adi-  
cional I: demora injustificable  
en la repatriación de prisioneros  
de guerra o personas civiles, en  
complemento a lo dispuesto en  
el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

---

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

---

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

---

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Perú

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b> Art. 319 del Código Penal de 1991: “[...] el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: [...]”.	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>  En todos los supuestos típicos el agente “será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”. <sup>8</sup>
a) Matanza de miembros del grupo	“1. Matanza de miembros del grupo”.	
b) Lesión grave a la integridad física o mental	“2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo”.	
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo	“3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial”.	

<sup>8</sup> En el sistema peruano, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 005-2001-AI/TC, de 15 de noviembre de 2001, está derogado el art. 29 del CP que establecía el límite máximo de la pena privativa de libertad temporal.

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos	“4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”.
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	“5. Transferencia forzada de niños a otro grupo”.

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

<b>Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura	<p>Tipificado como delito individual.</p> <p>El art. 321 pf. 1 del CP establece el tipo básico: “El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin</p>	<p>Según el propio art. 321, pf. 1, quien realiza el tipo básico “será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.</p> <p><i>Agravante</i>, art. 321, pf. 2: “Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años”.</p> <p>Según el art. 322: “El médico o</p>

de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla”.

*cualquier profesional sanitario* que cooperara en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena de los autores”.

g) violencia sexual

h) persecución de un grupo o comunidad

i) desaparición forzada de personas

Tipificado como delito individual.

Art. 320 del CP: “El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada [...]”.

El agente “[...] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2)”.

j) *apartheid*

k) otros actos inhumanos

### 3. Crimen de guerra

#### a. *Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
---	---	---

Art. 8.2, a, i, ECPI: homicidio intencional

Art. 8.2, a, ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos

Art. 8.2, *a*, iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves

Art. 8.2, *a*, iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes

Art. 8.2, *a*, v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas

Art. 8.2, *a*, vi, ECPI: denegación de un juicio justo

Art. 8.2, *a*, vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal

Art. 8.2, *a*, viii, ECPI: toma de rehenes

**Tabla 3.2**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
---	--	--

Art. 8.2, *b*, i, ECPI: ataques contra la población civil

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques contra objetos civiles

Art. 8.2, *b*, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a lugares no defendidos

Art. 8.2, *b*, vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate

Art. 85.3, *e*, Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido

---

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares

---

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

---

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

---

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

---

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

---

Art. 8.2, *b*, xvi, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *b*, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

---

Art. 8.2, *b*, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos

---

Art. 8.2, *b*, xix, ECPI: emplear los proyectiles denominados “Dum-Dum”

---

Art. 8.2, *b*, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno

---

Art. 8.2, *b*, xxii, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

---

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

---

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

---

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

---

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

<b>Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional:</b> incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

<b>Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

---

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, v, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, vi, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años

---

Art. 8.2, *e*, viii, ECPI: desplazar a civiles

---

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Uruguay

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo		
b) Lesión grave a la integridad física o mental		
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo		
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos		
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo		

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud		
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura		
g) violencia sexual		
h) persecución de un grupo o comunidad		
i) desaparición forzada de personas		
j) <i>apartheid</i>		
k) otros actos inhumanos		

**3. Crimen de guerra**

**a. Crimen de guerra en conflictos armados internacionales**

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>a</i> , i, ECPI: homicidio intencional		
Art. 8.2, <i>a</i> , ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		
Art. 8.2, <i>a</i> , iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	Art. 58, num. 8, del Código Penal Militar: “Por la violación de las prerrogativas del prisionero de guerra, que atañen a su bienestar material (derecho a la integridad física, al alojamiento y la alimentación salubres), o que protegen su personalidad moral (la facultad de no combatir contra su bandera y el respecto de su dignidad”.	De seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.
Art. 8.2, <i>a</i> , iv, ECPI: destrucción o apropiación de bienes		
Art. 8.2, <i>a</i> , v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas		
Art. 8.2, <i>a</i> , vi, ECPI: denegación de un juicio justo		
Art. 8.2, <i>a</i> , vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal		
Art. 8.2, <i>a</i> , viii, ECPI: toma de rehenes		

Tabla 3.2

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente:</b> otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques contra objetos civiles		
Art. 8.2, <i>b</i> , iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegida		
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiendas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a lugares no defendidos		
Art. 8.2, <i>b</i> , vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate		
Art. 85.3, <i>e</i> , Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido		
Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares	Art. 58, num. 22 del Código Penal Militar: “Por la invocación de grado o empleo que no tuviera, o por el uso indebido de uniforme, distintivo, insignias o condecoraciones”.	De seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.
Art. 8.2, <i>b</i> , viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado		

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

Art. 58, num. 12 del Código Penal Militar: “Por el ataque injustificado a hospitales, asilos, escuelas, cárceles, templos, conventos, museos, bibliotecas, archivos, monumentos, y en general, cualquier establecimiento o construcción que tenga por objeto la cultura, el arte, el culto o la beneficencia”.

De seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

---

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

---

Art. 8.2, *b*, xii, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *b*, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, *b*, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, *b*, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

---

Art. 8.2, *b*, xvi, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *b*, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

---

proyectiles denominados  
“Dum-Dum”

---

Art. 8.2, *b*, xx, ECPI: emplear  
armas prohibidas y métodos de  
guerra aptos para provocar  
lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, *b*, xxi, ECPI: trata-  
miento degradante e indigno

Art. 58, num. 10 del Código  
Penal Militar: “Por el despojo  
de los muertos o heridos en un  
combate”.

De seis meses de prisión a tres  
años de penitenciaría.

---

Art. 8.2, *b*, xxii, ECPI: emplear  
violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar  
a personas protegidas como  
escudos

---

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques  
contra edificios, instalaciones,  
unidades o personal sanitario  
protegidos

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar  
intencionalmente la inanición  
como método de guerra

---

Art. 8.2, *b*, xxvi, ECPI: reclutar  
y utilizar a niños menores de 15  
años

---

Art. 85.4, *b*, Protocolo adi-  
cional I: demora injustificable  
en la repatriación de prisioneros  
de guerra o personas civiles, en  
complemento a lo dispuesto en  
el art. 8.2, *a*, vii, ECPI

---

**b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales**

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, c, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura		
Art. 8.2, c, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona		
Art. 8.2, c, iii, ECPI: toma de rehenes		
Art. 8.2, c, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales		

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, e, i, ECPI: ataques contra la población civil		
Art. 8.2, e, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos		
Art. 8.2, e, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas		

Art. 8.2, <i>b</i> , vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)	Art. 58, num. 22, del Código Penal Militar: “Por la invocación de grado o empleo que no tuviera, o por el uso indebido de uniforme, distintivo, insignias o condecoraciones”.	De seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.
Art. 8.2, <i>b</i> , iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i> , Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)	Art. 58, num. 12, del Código Penal Militar: “Por el ataque injustificado a hospitales, asilos, escuelas, cárceles, templos, conventos, museos, bibliotecas, archivos, monumentos, y en general, cualquier establecimiento o construcción que tenga por objeto la cultura, el arte, el culto o la beneficencia”.	De seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.
Art. 8.2, <i>b</i> , ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>b</i> , v, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)		
Art. 8.2, <i>e</i> , v, ECPI: saquear		
Art. 8.2, <i>e</i> , vi, ECPI: emplear violencia sexual		
Art. 8.2, <i>e</i> , vii, ECPI: reclutar y utilizar niños menores de 15 años		
Art. 8.2, <i>e</i> , viii, ECPI: desplazar a civiles		

Art. 8.2, *e*, ix, ECPI: matar o herir a traición

---

Art. 8.2, *e*, x, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, *e*, xi, ECPI: mutilación, someter a experimentos médicos o científicos

---

Art. 11.1, inc. 2, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente con personas que se encuentran en poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 11.2, *c*, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, xii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

Art. 8.2, *e*, xvii al xx, ECPI: empleo de métodos de guerra prohibidos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilización de una persona protegida como escudo humano (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI: provocar intencionalmente la inanición como método de hacer la guerra (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

# Venezuela

## 1. Crimen de genocidio

Tabla 1

<b>Crimen de genocidio</b> (art. 6 del ECPI): Uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal	<b>Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas en el derecho del país analizado</b>
a) Matanza de miembros del grupo		
b) Lesión grave a la integridad física o mental		
c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial, del grupo		
d) Medidas destinadas a impedir nacimientos		
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo		

## 2. Crimen de lesa humanidad

**Tabla 2**

Crimen contra la humanidad en el derecho penal internacional vigente (art. 7 del ECPI): Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho conjunto)	Preceptos jurídicos aplicables en el derecho del Estado analizado	Sanciones previstas en el derecho del país analizado
a) asesinato		
b) exterminio		
c) esclavitud	<p>Art. 174, CP: “Cualquiera que reduzca a esclavitud a una persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años.</p> <p>En igual pena incurrirán los que intervienen en la trata de esclavos”.</p>	Presidio de seis a doce años.
d) deportación o traslado forzoso de población		
e) encarcelación o privación grave de libertad física		
f) tortura	<p>Art. 182, CP (segundo párrafo): “Se castigarán con prisión de tres a seis años los sufrimientos, ofensas a la dignidad humana, vejámenes, torturas o atropellos físicos o morales cometidos en persona detenida, por parte de sus guardianes o carceleros, o de quien diera la orden de ejecutarlos, en contravención a los derechos individuales reconocidos en el numeral 2 del artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.</p>	Prisión de tres a seis años.

	<p>Art. 253, LOPNA: “<i>Tortura</i>. El funcionario público que por sí o por otro ejecute contra algún niño o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, con el propósito de obtener información de la víctima o de un tercero, será penado con prisión de uno a cinco años.</p>	<p>Prisión de uno a cinco años.</p>
	<p><i>Parágrafo primero:</i> En la misma pena incurre quien no siendo funcionario público, ejecute la tortura por éste determinada.</p>	
	<p><i>Parágrafo segundo:</i> Si resulta una lesión grave o gravísima, la pena será de prisión de dos a ocho años.</p>	<p>Prisión de dos a ocho años.</p>
	<p><i>Parágrafo tercero:</i> Si resulta la muerte, la pena será de prisión de quince a treinta años”.</p>	<p>Prisión de quince a treinta años.</p>
<p>g) violencia sexual</p>		
<p>h) persecución de un grupo o comunidad</p>		
<p>i) desaparición forzada de personas</p>	<p>Art. 181-A, CP: “La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como</p>	<p>Presidio de quince a veinticinco años.</p>

miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada de personas.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluidos el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyan desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes”.

Los cómplices y encubridores se castigan con presidio de doce a dieciocho años.

---

j) *apartheid*

k) otros actos inhumanos

Art. 255, LOPNA: “*Trabajo Forzoso*. Quien someta a un niño o adolescente a trabajo

Prisión de uno a tres años.

bajo amenaza será sancionado con prisión de uno a tres años”.

Art. 266, LOPNA: “*Tráfico de Niños y Adolescentes*. Quien promueva, auxilie o se beneficie de actos destinados al envío de un niño o adolescente al exterior, sin observancia de las formalidades legales con el propósito de obtener un lucro indebido, será penado con prisión de dos a seis años”.

Prisión de dos a seis años.

Art. 267, LOPNA: “*Lucro por Entrega de Niños o Adolescentes*. Quien prometa o entregue un hijo, pupilo o guardado a un tercero, mediante pago o recompensa, será penado con prisión de dos a seis años”.

Prisión de dos a seis años.

Art. 268 LOPNA: “*Privación Ilegítima de Libertad*. Quien prive a un niño o adolescente de su libertad, fuera de los casos que expresamente autoriza esta ley, será penado con prisión de seis meses a dos años. Incurrir en la misma pena quien proceda a su aprehensión sin observar las formalidades legales y quien no ejecute de inmediato la libertad ordenada por la autoridad competente”.

Prisión seis meses a dos años.

### 3. Crimen de guerra

#### a. *Crimen de guerra en conflictos armados internacionales*

**Tabla 3.1**

Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: crímenes de guerra en conflictos armados internacionales contra personas o bienes que están protegidos por las Convenciones de Ginebra de 1949	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
Art. 8.2, <i>a</i> , i, ECPI: homicidio intencional		
Art. 8.2, <i>a</i> , ii, ECPI: tortura, tratos inhumanos		
Art. 8.2, <i>a</i> , iii, ECPI: infligir deliberadamente graves sufrimientos, lesiones graves	<p>Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que: [...]</p> <p>2. Los que atentaren gravemente contra los rendidos, contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por las Fuerzas nacionales, o entregaren dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad. [...]</p> <p>5. Los que hiciesen uso de armas o medios que agraven inútilmente el sufrimiento de los atacados. [...]</p> <p>17. Los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus Jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas”.</p>	Presidio de cuatro a diez años.
Art. 8.2, <i>a</i> , iv, ECPI: destrucción a apropiación de bienes	Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que: [...]	Presidio de cuatro a diez años.

	<p>2. Los que atentaren gravemente contra los rendidos, contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por las Fuerzas nacionales, o entregaren dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad. [...]</p> <p>17. Los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus Jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas”.</p>	
Art. 8.2, <i>a</i> , v, ECPI: obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas	Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años: [...] <p>15. Los que obligaren a prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas”.</p>	Presidio de cuatro a diez años.
Art. 8.2, <i>a</i> , vi, ECPI: denegación de un juicio justo		
Art. 8.2, <i>a</i> , vii, ECPI: deportación o traslado ilegales, confinamiento ilegal		
Art. 8.2, <i>a</i> , viii, ECPI: toma de rehenes		

**Tabla 3.2**

<b>Crímenes de guerra reconocidos internacionalmente: otros crímenes de guerra en conflictos armados internacionales</b>	<b>Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado</b>	<b>Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado</b>
Art. 8.2, <i>b</i> , i, ECPI: ataques contra la población civil	Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años [...] <p>2. Los que atentaren gravemente contra los rendidos,</p>	Presidio de cuatro a diez años

contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por las Fuerzas Nacionales, o entregaren dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad”.

Art. 156, CP: “Incurrir en pena de arresto en Fortaleza o Cárcel Política por tiempo de uno a cuatro años: 1º Los venezolanos o extranjeros que, durante una guerra de Venezuela contra otra nación, quebranten las treguas o armisticios o los principios que observan los pueblos civilizados en la guerra, como el respeto debido a los prisioneros, a los no combatientes, a la bandera blanca, a los parlamentarios, a la Cruz Roja y otros casos semejantes, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes militares, que se aplicarán especialmente en todo lo que a este respecto ordenen”.

Arresto en fortaleza o cárcel política de uno a cuatro años.

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques contra objetos civiles

Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que: [...]”

Presidio de cuatro a diez años.

6. Los que destruyan señales o signos necesarios en la navegación marítima, fluvial o área.

10. Los que bombardeen lugares habitados no fortificados, que no estén ocupados por fuerzas enemigas y que no opongan resistencia.

16. Los que destruyan en territorio enemigo o amigo, templos, bibliotecas o museos, archivos, acueductos y obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráficas o de otras clases, sin exigirlo las operaciones de guerra.

17. Los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus Jefes, incendien o destruyan edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas”.

<p>Art. 8.2, <i>b</i>, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas</p>	<p>Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que: [...]</p> <p>3. Los que atentaren gravemente contra los miembros de la Cruz Roja o contra el personal del servicio sanitario enemigo o neutral. [...]</p> <p>13. Los que atentaren contra los parlamentarios o los ofendieren”.</p>	<p>Presidio de cuatro a diez años.</p>
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, iv, ECPI; art. 85.3, <i>c</i>, Protocolo adicional I: lanzar un ataque a sabiedas de que causará muertes, lesiones o daños incidentales excesivos</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, v, ECPI: ataque a lugares no defendidos</p>		
<p>Art. 8.2, <i>b</i>, vi, ECPI: causar muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate</p>		
<p>Art. 85.3, <i>e</i>, Protocolo adicional I: dar muerte o herir a un combatiente enemigo que deponga las armas o que estando indefenso aún no se haya rendido</p>	<p>Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que: [...]</p> <p>2. Los que atentaren gravemente contra los rendidos, contra las mujeres, ancianos o niños de los lugares ocupados por las Fuerzas Nacionales, o entregaren dichas plazas o lugares al saqueo u otros actos de crueldad.”</p>	<p>Presidio de cuatro a diez años.</p>

Art. 8.2, *b*, vii, ECPI: utilizar de modo indebido la bandera blanca, emblemas de los Convenios de Ginebra, o similares

Art. 156, CP: “Incurr en pena de arresto en Fortaleza o Cárcel Política por tiempo de uno a cuatro años: 1° Los venezolanos o extranjeros que, durante una guerra de Venezuela contra otra nación, quebranten las treguas o armisticios o los principios que observan los pueblos civilizados en la guerra, como el respeto debido a los prisioneros, a los no combatientes, a la bandera blanca, a los parlamentarios, a la Cruz Roja y otros casos semejantes, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes militares, que se aplicarán especialmente en todo lo que a este respecto ordenen”.

Arresto en fortaleza o cárcel política por tiempo de uno a cuatro años.

Art. 8.2, *b*, viii, ECPI: trasladar población de la potencia ocupante al territorio ocupado, deportar o trasladar población del territorio ocupado

Art. 8.2, *b*, ix, ECPI: atacar iglesias, monumentos, hospitales, etc.

Art. 474, COJM: “Sufrirán la pena de presidio de cuatro a diez años los que:

1. Incendien, destruyan o ataquen los hospitales terrestres o marítimos y los que ataquen los convoyes de heridos o enfermos [...]

16. Los que destruyan en territorio enemigo o amigo, templos, bibliotecas o museos, archivos, acueductos y obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráficas o de otras clases, sin exigirlo las operaciones de guerra.

Presidio de cuatro a diez años.

Art. 8.2, *b*, x, ECPI: mutilación, sometimiento a experimentos médicos o científicos

Art. 11.1, inc. 2°, Protocolo adicional I: utilización de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente, con personas que se encuentran en poder del enemigo

---

Art. 11.2, c, Protocolo adicional I: extracción de tejidos u órganos para trasplantes a personas que se encuentren el poder del enemigo

---

Art. 8.2, b, xi, ECPI: matar o herir a traición a personas pertenecientes a la parte enemiga

---

Art. 8.2, b, xii, ECPI: no dar cuartel

---

Art. 8.2, b, xiii, ECPI: destruir o confiscar bienes del enemigo

---

Art. 8.2, b, xiv, ECPI: denegación de derechos o acciones

---

Art. 8.2, b, xv, ECPI: obligar a participar en acciones bélicas contra el propio país

---

Art. 8.2, b, xvi, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, b, xvii, ECPI: emplear veneno o armas envenenadas

---

Art. 8.2, b, xviii, ECPI: emplear gases, líquidos, materiales o similares que estén prohibidos.

---

Art. 8.2, b, xix ECPI: emplear los proyectiles denominados "Dum-Dum"

---

Art. 8.2, b, xx, ECPI: emplear armas prohibidas y métodos de guerra aptos para provocar lesiones innecesarias, etc.

---

Art. 8.2, b, xxi, ECPI: tratamiento degradante e indigno

---

Art. 8.2, b, xxii, ECPI: emplear violencia sexual

---

Art. 8.2, *b*, xxiii, ECPI: utilizar a personas protegidas como escudos

Art. 8.2, *b*, xxiv, ECPI: ataques contra edificios, instalaciones, unidades o personal sanitario protegidos

Art. 8.2, *b*, xxv, ECPI provocar intencionalmente la inanición como método de guerra

Art. 8 2) *b*) xxvi, ECPI: reclutar y utilizar a niños menores de 15 años

Art. 85.4, *b*, Protocolo adicional I: demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles, en complemento a lo dispuesto en el Art. 8.2, *a*, vii, ECPI

***b. Crimen de guerra en conflictos armados no internacionales***

**Tabla 3.3**

Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales reconocidos en el derecho internacional: incumplimiento grave del art. 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949, esto es, realización de las siguientes acciones, contra personas que no participan directamente en la lucha	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
--	---	---

Art. 8.2, *c*, i, ECPI: ataques a la integridad corporal o la vida, sobre todo homicidio, mutilación, tratos crueles y tortura

Art. 8.2, *c*, ii, ECPI: ultrajes contra la dignidad de la persona

Art. 8.2, *c*, iii, ECPI: toma de rehenes

Art. 8.2, *c*, iv, ECPI: condenar o ejecutar sin garantías judiciales

**Tabla 3.4**

Crímenes de guerra reconocidos en derecho internacional: otros crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales	Preceptos jurídicos aplicables del Estado analizado	Sanciones previstas según el derecho del Estado analizado
--	---	---

Art. 8.2, *e*, i, ECPI: ataques contra la población civil

Art. 8.2, *e*, ii, ECPI: ataques contra instalaciones y personal sanitario protegidos

Art. 8.2, *e*, iii, ECPI: ataques contra misiones especialmente protegidas

Art. 8.2, *e*, vii, ECPI: uso indebido de la bandera blanca, emblemas distintivos de las Convenciones de Ginebra, etc. (correspondiente aplicabilidad a conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *b*, iv, ECPI; art. 85.3, *c*, Protocolo adicional I: ataque a sabiendas de que se producirán pérdidas o daños desproporcionados civiles (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

Art. 8.2, *e*, iv, ECPI: ataques contra iglesias, monumentos, hospitales o similares

Art. 8.2, *b*, ii, ECPI: ataques a objetivos civiles (correspondiente aplicabilidad en con-

flictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *b*, *v*, ECPI: ataque a ciudades, edificios u objetivos indefensos (correspondiente aplicabilidad en conflictos armados no internacionales)

---

Art. 8.2, *e*, *v*, ECPI: saquear

---

Art. 8.2, *e*, *vi*, ECPI: emplear violencia sexual

---

## Lista de autores

**Kai Ambos (Alemania).** Catedrático de Derecho Penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado, Derecho penal europeo e internacional en la Georg August Universidad de Göttingen; responsable de las áreas “Derecho penal internacional” e “Hispanoamérica” del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional. Es autor de varias publicaciones en el campo del derecho penal, derecho procesal penal, derecho penal internacional y criminología. Especialmente son de destacar *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur “impunidad” in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Ed. Iuscrim, Friburgo, 1997 (traducido al castellano: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, Argentina*, Biblioteca Jurídica, Medellín, 1997) y *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humboldt, Berlín, 2002.

**Alicia Gil Gil (España).** Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza, doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid), profesora titular de derecho penal (UNED-Madrid), directora del curso de enseñanza abierta “Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales” (UNED-Madrid). Autora de diversas monografías y artículos sobre derecho penal internacional y dogmática del derecho penal, entre otros: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED, Valencia, 1999; *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999; *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma* (en colaboración), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002.

**José Luis Guzmán Dalbora (Chile).** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, diplomado en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma (La Sapienza); profesor asociado de Derecho penal y de Filosofía del derecho en la Universidad de Antofagasta. Autor de numerosas publicaciones en el campo del derecho penal.

**Juan Luis Modollet González (Venezuela).** Egresado en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello (1990), especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela (1998), doctor en Derecho mención Sobresaliente Cum Laude por la Universidad de Barcelona (2000). Profesor de Dere-

cho penal y Derecho penal económico en las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, donde además es investigador. Becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana (España), de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho (Venezuela), del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Autor de varios artículos en revistas especializadas y de los libros *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva* y *Persona jurídica y responsabilidad penal*.

**Ezequiel Malarino (Argentina).** Graduado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor al mérito (1996); investigador del Instituto Max-Planck para Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo (Alemania); doctorando en derecho penal de la Universidad de Macerata (Italia) y de la Universidad París 1, Panthéon Sorbonne (Francia); becario del Ministerio para la Universidad e Investigación Científica de Italia. Auxiliar docente por concurso de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); ex profesor contratado de Derecho procesal penal de la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires (2001); ex becario del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional de Friburgo. Entre los años 1998 y 2003 ha realizado estancias de investigación en las siguientes universidades: Westfälische Wilhelm de Münster (Alemania), Camerino (Italia), Bolonia (Italia). Es autor de publicaciones en el ámbito del derecho penal y del derecho procesal penal.

**Jaime Martínez Ventura (El Salvador).** Director del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES) de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). Miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP). Coordinador nacional del Programa Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal y de la revista *Pena y Estado*.

**Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez (El Salvador).** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador; abogado; investigador del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES) y miembro del Centro de Estudios Constitucionales y Derechos Humanos de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD).

**José Luis González (Uruguay).** Doctor en Derecho por la Universidad de la República Oriental del Uruguay; docente de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; becario del Instituto Max-Planck. Es autor de diversas publicaciones en el ámbito del derecho penal.

**Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica).** Bachiller y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; notario público por la Universidad de Costa Rica; especialista en derechos humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid; especialista en ciencias políticas y

derecho constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; doctorando en Derecho penal de la Universidad Alcalá de Henares (España). Juez de juicio y apelaciones penales de carrera del Tribunal de la Zona Sur, Sede Golfito, Puntarenas (Costa Rica); ex profesor de Derecho penal, procesal penal y Derecho constitucional de la Universidad Latina de Costa Rica y de la Escuela Judicial de Costa Rica. Participante del proyecto sobre “Problemas actuales del derecho penal”, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

**Dino Carlos Caro Coria (Perú).** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de los libros *La protección penal del ambiente* (1995), *Derecho penal del ambiente —delitos y técnicas de tipificación—* (1999), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (2000), *Tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir* (2002), y varios artículos de derecho penal.

**Alejandro Aponte Cardona (Colombia).** Doctor en Derecho penal por la Universidad del Estado del Saarland en Saarbrücken (Alemania). Su tesis doctoral, dirigida por el Prof. Dr. H. C. Mult. Alessandro Baratta y cuyo título en español es *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexiones alrededor del eficientismo penal en el caso colombiano*, será publicada en el 2003 por Nomos Verlag en Alemania y por Temis en Colombia. Profesor de la Universidad Javeriana y la Universidad Nacional de Colombia. Asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

**Elia Patricia Neri Guajardo (México).** Profesora investigadora del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades y miembro individual de la Coalición Mexicana de ONG a favor de la CPI. Es autora de *La CPI y el artículo 1° del Estatuto de Roma*, UAEH, México, 2003 (en prensa).

**Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia).** Oficial legal asociada del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY). Fue asesora legal de la Agencia Implementadora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Bolivia y profesora de Derecho internacional de la Academia Diplomática de Bolivia y de la Universidad Católica Boliviana (UCB), Carrera de Derecho (Unidad La Paz).

**Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil).** Advogada. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (Brasil).** Juíza do Tribunal Penal Internacional. Desembargadora Federal. Mestre em Direito Internacional. Membro da delegação brasileira na Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional. Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para Implementação do Estatuto de Roma.

**Gustavo Henrique Righi I. Badaró (Brasil).** Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal. Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para Implementação do Estatuto de Roma

**Tarciso Dal Maso Jardim (Brasil).** Coordenador do Curso de Relações Internacionais da UniCEUB. Consultor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Mestre em Direito Internacional. Coordenador do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para Implementação do Estatuto de Roma.