

**Comentario jurídico al artículo 378 del
Código Penal de Guatemala:
Delitos contra los deberes de humanidad**



cij

Comisión
Internacional
de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante del Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y está activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de los poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

® Comentario jurídico al artículo 378 del Código Penal de Guatemala:
Delitos contra los deberes de humanidad

© Copyright Comisión Internacional de Juristas

Pintura de Roger Pfund

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la sede central de la organización a la siguiente dirección:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
Rue des Bains 33
1211 Ginebra 8
Suiza

Comisión Internacional de Juristas
3a. Avenida 12-38, Zona 10
Edificio Paseo Plaza 4o. nivel
Oficina 403
Guatemala City, Guatemala

Con el apoyo del Programa de Acompañamiento a la Justicia de Transición (PAJUST) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y de Medico International



**Comentario jurídico
al artículo 378 del Código Penal
de Guatemala**

“Delito contra los deberes de humanidad”

“Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos será sancionado con prisión de veinte a treinta años”.
Artículo 378 del Código Penal de Guatemala

**Comentario jurídico
al artículo 378 del Código Penal
de Guatemala**

“Delito contra los deberes de humanidad”

El presente comentario jurídico fue producto de una serie de talleres y conversatorios implementados por la Comisión Internacional de Juristas para Centroamérica, con jueces y magistrados del Organismo Judicial, fiscales del Ministerio Público de Guatemala y abogadas y abogados defensores de derechos humanos. La asesora legal de la Comisión Internacional de Juristas para Centroamérica, Iris Portillo, redactó un primer borrador; Ramón Cadena, Director de la Comisión Internacional de Juristas para Centroamérica revisó dicho documento y elaboró un segundo borrador. La revisión y edición final estuvo a cargo de Federico Andreu, Director de la Comisión Internacional de Juristas para Latinoamérica.

La presente edición se realizó con la ayuda financiera del Programa de Acompañamiento a la Justicia de Transición –PAJUST– del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– y de Medico International –MI–.

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de PAJUST-PNUD o de Medico International.

Jessica Vásquez y Francisca Sánchez asistieron en el trabajo de impresión y revisión de textos de la presente publicación.

® Comentario jurídico al artículo 378 del Código Penal de Guatemala. "Delito contra los deberes de humanidad".

© Copyright Comisión Internacional de Juristas

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la siguiente dirección de la sede central de la organización:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
Rue des Bains 33
Suiza

ISBN: 978-92-9037-203-5

Diseño e impresión:



3a. avenida 14-62, zona 1
PBX: (502) 2245-8888
www.serviprensa.com

Diagramación: Gudy González
Revisión textos: Jaime Bran

Esta publicación fue impresa en noviembre de 2014.
La edición consta de 550 ejemplares en papel bond blanco 90 gramos.

Tabla de Contenido

Introducción	1
CAPÍTULO I: Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional: consideraciones conceptuales e históricas	7
1. Los delitos de carácter internacional	7
2. Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad	9
A. Los crímenes de guerra	9
B. Los crímenes de lesa humanidad	12
El crimen de lesa humanidad vinculado a la existencia de una guerra: Tribunal Militar de Núremberg y Estatuto del Tribunal de Tokio	12
Crímenes de lesa humanidad aplicables tanto a conflictos armados como en épocas de paz	15
Crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)	15
Crímenes de lesa humanidad en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)	17
Comisión de Derecho Internacional (CDI)	18
Crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma	23
3. Diferencias entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad	31
4. Responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes graves bajo el Derecho Internacional	33
5. Régimen jurídico de tratamiento común a todo crimen grave bajo el Derecho Internacional	37
A. Obligación de investigar y juzgar	37
B. Prohibición de la aplicación del beneficio de la amnistía para los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional	46

C. La imprescriptibilidad de los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional	49
D. Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional no son crímenes políticos	56
E. Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional implican responsabilidad del superior jerárquico	58
F. Retroactividad de la ley penal nacional en los casos de los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional	63

CAPÍTULO II: Incorporación de los delitos más graves bajo el Derecho Internacional en el Código Penal guatemalteco 69

1. Obligaciones internacionales para el Estado de Guatemala, provenientes del Derecho Internacional Humanitario	69
2. Obligaciones internacionales para el Estado de Guatemala provenientes del Derecho Internacional de Derechos Humanos	77
3. Obligaciones provenientes del Derecho Internacional Consuetudinario	83
4. Sistemas jurídicos que convergen en el marco de los crímenes de trascendencia internacional y específicamente en el Delito contra los Deberes de Humanidad (artículo 378 del Código Penal de Guatemala)	89

Capítulo III: Alcances del Delito contra los Deberes de Humanidad 97

1. Marco hermenéutico para interpretar el artículo 378 del Código Penal	97
A. Los principios generales del derecho	97
B. Normas de <i>jus cogens</i>	99
C. Interpretación auténtica de la norma	105
D. Norma penal en blanco	106
E. Pluralidad de tipificaciones para los delitos de carácter internacional en el Derecho Internacional: interpretación extensiva	107

F. Régimen de doble protección del ser humano y la complementariedad del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario	107
2. ¿Qué alcances tiene el artículo 378 del Código Penal con respecto a los crímenes de guerra?	109
3. ¿Qué alcances tiene el artículo 378 del Código Penal con relación a crímenes de lesa humanidad?	111
Conclusión final	115
Bibliografía	117

Introducción

Hoy en día los ordenamientos jurídicos se mantienen en constante evolución para lograr una compleja armonía global. Debido a ello, en las sociedades del siglo XXI no es posible concebir un Estado que subsista aislado del resto de la comunidad internacional. En ese sentido, Norberto Bobbio afirma que los Estados, más allá de organizarse por medio de normas jurídicas, se rigen por ordenamientos jurídicos que se caracterizan por la coexistencia de un pluralismo de normas; es decir, que no sólo existen las normas que emanan del Poder Legislativo, sino que estas coexisten con otro tipo de regulaciones, como es el caso de las normas de carácter internacional¹. Para estudiar el marco jurídico de un país, además de la complejidad del derecho interno, es necesario ver también hacia un planeta cada vez más globalizado por las comunicaciones y la política exterior. Esta comprensión nos permitirá más adelante estudiar las relaciones del Derecho Penal guatemalteco, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario y con el Derecho Penal Internacional.

Max Sorensen afirmaba que “el Derecho Internacional existe y se ha convenido universalmente en que los Estados se encuentran obligados por él²”. Este reconocimiento del Derecho Internacional ha quedado plasmado en el sistema jurídico guatemalteco, por medio del reconocimiento de la preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre el derecho interno; es decir, mediante el reconocimiento de una jerarquía constitucional a los convenios y tratados en derechos humanos, ratificados por el Estado de Guatemala sobre el derecho interno³.

Guatemala se ha definido a sí misma (cada vez con mayor intensidad), como una nación vinculada jurídicamente al Derecho Internacional. Tal reconocimiento no es sólo formal; conlleva también obligaciones o deberes de Nación, que es preciso cumplir como Estado. Desde la Constitución Federal de Centroamérica, en las reformas decretadas en

-
- 1 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis, 3ª edición, Bogotá, Colombia, 2007, págs. 243-244.
 - 2 Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, 1ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 150.
 - 3 Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 46: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

el año de 1835, el Artículo 83 establecía como una de las funciones del Poder Legislativo “dar leyes sobre el modo de juzgar la piratería; y decretar las penas contra éste y otros atentados cometidos en alta mar con infracción al derecho de gentes”. Este “derecho de gentes” en el siglo XIX, no era otra cosa más que la forma de calificar al Derecho Internacional Público⁴.

Posteriormente, en las reformas constitucionales de 1927, el artículo 34 estableció que “los derechos y garantías que expresa la Constitución no excluyen otros derechos y garantías individuales no consignados, pero que nacen del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno”; al final de este artículo se estableció una limitación al derecho de amparo en cuanto a “la libertad de los individuos cuya extradición se hubiere pedido conforme a los tratados o al derecho de gentes”. En estos textos se refleja, en primer lugar, la apertura del texto constitucional hacia “otros derechos y garantías no consignados”; es decir, que deja abierta la posibilidad de complementar la norma constitucional con otras normas. En segundo lugar, se da dentro de la Constitución el reconocimiento del derecho internacional como proveniente tanto de tratados, como del derecho consuetudinario, tal y como se infiere de la expresión “derecho de gentes”.

De forma más categórica, la Constitución decretada por la Asamblea Constituyente de 1965, en el artículo 144 establece que “el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República, salvo las limitaciones que establezca la Constitución, los tratados internacionales y las normas del derecho internacional general aceptadas por Guatemala”.

El ordenamiento jurídico guatemalteco entonces reconocía la vinculación del Estado con el Derecho Internacional. En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta tendencia se reitera en la Constitución vigente. En efecto, la actual Constitución Política de la República de Guatemala, vigente desde 1985, en el artículo 44, vincula los tratados internacionales en materia de derechos

4 En la época post-clásica, el concepto de *jus gentium* tiende a referirse a instituciones públicas y aquellas acaban por desplazar a las de derecho privado, hasta significar *jus gentium*, el que hoy llamamos derecho internacional público. D’Ors, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho, presentación y notas de Jorge Adame Goddard*, México; Escuela Libre de Derecho, 1989, p. 62, citado por Gerardo Ortiz Treviño, *La naturaleza jurídica del Jus Gentium de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo*, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Revista Jurídica Vol. 17 nota de pie de página 37; Ver, Seara Vázquez, Modesto; *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, México 2004, pág. 35.

humanos al establecer que “[l]os derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

Aunado a esto, en el artículo 46 de la Constitución “[s]e establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Es claro el referente constitucional que concede una jerarquía superior al Derecho Internacional de Derechos Humanos, sobre el derecho interno.

La Corte de Constitucionalidad también ha establecido la preeminencia de que gozan los tratados internacionales sobre el derecho interno en sus resoluciones:

"esta Corte estima que las disposiciones convencionales de derecho internacional deben interpretarse conforme a los principios pacta sunt servanda y de buena fe, por lo que, salvo una confrontación abierta con el texto constitucional interno, su intelección deberá hacerse del modo que más armonice con la finalidad del instrumento que las contiene⁵".

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, el artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados”. Según interpretación de la Corte de Constitucionalidad, esta disposición tiene como efecto que “el Estado no puede oponer su legislación interna para incumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas⁶”.

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad ha reconocido la importancia y validez dentro del sistema interno de las normas imperativas de Derecho Internacional o normas *jus cogens*:

5 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Opinión Consultiva del 04-11-98, Expediente 482-98, *Gaceta Jurisprudencial* 59, pág. 696.

6 Corte de Constitucionalidad, sentencia: 8-01-91, Expediente No. 320-90, , *Gaceta* No. 19, pág. 9.

"[e]n cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el jus cogens, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere material de derechos humanos⁷".

En el mismo sentido, la Ley del Organismo Judicial estipula que "[I]os Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, **salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.** [...] Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior⁸" (negrilla añadida).

En consecuencia, puede sostenerse que las normas y principios de Derecho Internacional que definen las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala con respecto a la protección de los derechos fundamentales de la persona, son parte de la estructura normativa del sistema jurídico doméstico. Por lo tanto, los jueces de las cortes domésticas cuentan con el marco de legalidad que les obliga a la aplicación directa del Derecho Internacional. Esto significa que son aplicables tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado de Guatemala, como el derecho emanado de otras fuentes del Derecho Internacional, tal y como se verá más adelante.

El presente comentario jurídico se refiere al artículo 378 del Código Penal. El Código Penal guatemalteco fue aprobado en 1973, período en el que el país atravesaba por un conflicto armado interno⁹. A partir de entonces, el Código ha sufrido múltiples reformas y en opinión de académicos, algunas de éstas han tenido la característica de ser "contrarreformas¹⁰". De cualquier manera, las reformas penales

7 Corte de Constitucionalidad sentencia: 28-06-01, Expediente No. 872-00, Gaceta No. 60, pág. 362.

8 Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, Artículo 9.

9 El Código Penal guatemalteco fue aprobado en el año 1973 por Decreto 17-73 del Congreso de la República y entró en vigencia el 1 de enero de 1974.

10 Figueroa Sarti, Raúl; *Código Penal concordado y anotado*, F&G Editores, Guatemala, 2009, pág. XVII.

en Guatemala se han realizado de forma dispersa a través de leyes penales específicas, como por ejemplo: la Ley de Armas y Municiones, Ley contra la Narcoactividad, Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, entre otras. Por esta razón, los *Acuerdos de Paz (Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática)* establecieron el compromiso de elaborar un nuevo Código Penal, compromiso que no se ha cumplido¹¹.

En el periodo histórico en que fue promulgado el Código Penal guatemalteco, los legisladores convinieron en incluir el capítulo denominado "De los Delitos de Trascendencia Internacional". Los delitos internacionales por definición son el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad. También lo son las graves violaciones de derechos humanos –como la tortura, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial– respecto de los cuales el Derecho Internacional exige que sean reprimidas como ilícitos penales y se impone la obligación *aut dedere aut judicare*, y/o se autoriza al Estado a ejercer su jurisdicción extraterritorial en aplicación del principio de jurisdicción universal.

Por una parte, el delito de genocidio está claramente desarrollado en los artículos 376 y 377. Por otra parte, se encuentra el artículo 378, cuyo epígrafe le denomina "delitos contra los deberes de humanidad" y en cuyo texto se lee:

"Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos será sancionado con prisión de veinte a treinta años".

De la lectura de este artículo, podría interpretarse de forma literal que tipifica los crímenes de guerra. Sin embargo, la redacción es un poco desafortunada por ambigua, para determinar si el mismo artículo

11 *Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática*, Capítulo IV "Organismo Judicial, Reformas Legales", numeral 13 c) Código Penal: "Promover ante el Congreso de la República las siguientes reformas legales: [...] c) Promulgar una reforma del Código Penal en la que se dé prioridad a la persecución penal de aquellos delitos que causan mayor daño social, tome en cuenta las diferencias culturales propias del país y sus costumbres, garantice plenamente los derechos humanos y tipifique como actos de especial gravedad las amenazas y coacciones ejercidas sobre funcionarios judiciales, el cohecho, soborno y la corrupción, los cuales deberán ser severamente penalizados".

incluye también el tipo penal de delitos contra la humanidad o de lesa humanidad.

En la presente investigación se buscarán los fundamentos jurídicos, históricos y jurisprudenciales que permitan dilucidar si los delitos de lesa humanidad se encuentran regulados en el artículo 378 del Código Penal guatemalteco; y, en consecuencia, mediante este comentario jurídico, se determinará el alcance jurídico de dicho artículo, a la luz del Derecho Internacional y de los principios y costumbre internacional.

Analizaremos entonces, brevemente en el capítulo primero los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, sus elementos, sus diferencias, así como la regulación jurídica actual aplicable a ambas categorías y, luego en el capítulo segundo, confrontaremos estos conceptos con el contenido del artículo 378 del Código Penal, que tipifica el “delito contra los deberes de humanidad”.

CAPÍTULO I: Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional: consideraciones conceptuales e históricas

1. Los delitos de carácter internacional

La historia contemporánea del derecho penal está determinada por el fin de la Segunda Guerra Mundial en que se dieron reconfiguraciones del orden jurídico internacional. "Núremberg transformó y clarificó el Derecho Internacional de muchos modos¹²". Según Camargo, "hasta la Carta de las Naciones Unidas de 1945, los autores solían dividir el Derecho Internacional entre derecho de la paz y derecho de la guerra¹³". "En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg hacían parte del Derecho Internacional¹⁴ y que el "genocidio es un delito de derecho de gentes contrario al espíritu y a los objetivos de las Naciones Unidas [...] y [...] un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean funcionarios públicos o estadistas¹⁵". Así, desde Núremberg –pasando por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, entre otros instrumentos internacionales– la comunidad internacional ha considerado que el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad constituyen los ilícitos más graves bajo el Derecho Internacional¹⁶ ("Core Crimes").

Por su parte, el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado desde el primer Convenio de Ginebra en 1868¹⁷, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y otros, hasta los Convenios de Ginebra de 1949. En efecto, ha sido después de la Segunda Guerra Mundial

12 Geoffrey Robertson, *Crímenes contra la humanidad, la lucha por la justicia global*, Editorial Siglo XXI, España, 2008, pág. 240.

13 Pedro Pablo Camargo, *Derecho Internacional Humanitario, Tomo I*, Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S. En C., 1995, pág. 44.

14 ONU, AG; Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 .

15 *Ibíd.*

16 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Artículo 5 (1)

17 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck; *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Ed. CICR, 2007, pág. 32.

cuando surge la preocupación de regular con mayor rigor la protección de las personas que no participan, o que por algún motivo, han dejado de participar en los conflictos armados. Este fue uno de los principales aportes de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977¹⁸.

En el ámbito de los derechos humanos, el Sistema Interamericano reafirma la definición de delitos internacionales en los siguientes términos:

"la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estima necesario recordar que los crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune¹⁹".

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la "prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general²⁰" y que "[l]os crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes²¹".

El escalón más evolucionado del Derecho Penal Internacional, consensuado por las naciones, está contenido en el Estatuto de Roma²². En él se caracterizan los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión como: "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto²³".

18 *Ibíd.*

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 1/03 sobre juzgamiento de crímenes internacionales, disponible en la web en: <http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm>

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154, párr. 100.

21 *Ibíd.*, párr. 111.

22 Robert, Cryer *et al.*; *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2010, pág 585.

23 Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, Artículo 5.

2. Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad

Desde el Tribunal de Núremberg pasando por los tribunales de Tokio, Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, se ha establecido que el objeto de estos distintos tribunales internacionales es el de juzgar crímenes de guerra y serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Si bien históricamente la noción de crimen de lesa humanidad estuvo inicialmente vinculada a la existencia de una guerra, esta condición ha sido removida del Derecho Internacional. Como lo ha precisado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: “el derecho internacional consuetudinario no exige más el vínculo entre crímenes de lesa humanidad y conflicto armado. [...] La ausencia de vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y un conflicto armado es hoy en día una regla establecida del derecho internacional consuetudinario²⁴”. El crimen de lesa humanidad como el crimen de guerra, han estado presentes en los estatutos de los tribunales de Núremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona así como de la Corte Penal Internacional. Ambos crímenes son entidades ilícitas distintas, aun cuando en muchos aspectos el Derecho Internacional establece un régimen jurídico similar (por ejemplo, en materia de imprescriptibilidad, jurisdicción universal, entre otros).

A. Los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra se refieren a la “violación de los usos y costumbres de la guerra” o “violación de las reglas del derecho humanitario aplicables en los conflictos armados²⁵”. La jurisprudencia internacional ha establecido los siguientes elementos de los crímenes de guerra:

- a) la existencia de un conflicto armado internacional o interno²⁶;

²⁴ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia sobre excepciones preliminares, de 2 de octubre de 1995, Caso *Prosecutor vs. Tadić*, IT-94-1 “Prijedor”, párrs. 78 y 141 (Original en francés, traducción libre).

²⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, Volumen II Segunda parte Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2) Pág. 59.

²⁶ “La existencia de un conflicto armado es la circunstancia objetiva que permite la aplicación concreta del derecho internacional humanitario”. Ver: Mónica Pinto; *La Noción de Conflicto Armado en la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Publicado en: Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos nro. 78, Gabriel

- b) La existencia de un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas o insurgentes (en caso de conflicto armado interno) y;
- c) La existencia de un nexo entre el crimen y el conflicto armado²⁷.

Los crímenes de guerra se circunscribían históricamente a las "infracciones graves" al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el curso de los conflictos armados internacionales. Sin embargo, en fechas recientes éstos se han visto privados de dicha limitación y se ha extendido su ámbito a los conflictos armados internos. En el caso *El Fiscal contra Tadic* del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, la Sala de Apelación declaró, basándose en la práctica de los Estados, que la disposición del Estatuto del Tribunal que se refiere a las violaciones del derecho o costumbres de la guerra, es aplicable a los conflictos armados tanto internos, como internacionales. Así, el Tribunal precisó que "el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal para las violaciones graves al artículo 3 Común, completado por otros principios y normas generales sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y para los ataques contra algunos principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en los conflictos civiles. [...] La idea de que las violaciones graves al derecho internacional humanitario que regula los conflictos armados internos conllevan la responsabilidad penal individual se justifica también plenamente desde el punto de vista básico de la justicia y de la equidad²⁸".

En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, se acepta también que algunos actos cometidos en violación del derecho o costumbres de la guerra –prohibidos en virtud del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra– y los daños graves causados al medio ambiente, no justificados por necesidades imperativas militares, son crímenes de guerra, cuando se cometen durante los conflictos armados internos.

Pablo Valladares (compilador), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, págs. 297 a 310.

27 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 21 de mayo de 1999, *El Fiscal vs. Kayishema y Ruzindana*, caso No. ICTR-95-1-T, , párr. 169.

28 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia sobre excepciones preliminares, de 2 de octubre de 1995, *El Fiscal vs. Tadic*, N° IT-94-1 "Prijetedor", párrs. 134 y 135 (Original en francés, traducción libre).

Esta evolución del crimen de guerra ha sido confirmada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al tipificar como crímenes de guerra las violaciones graves al artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y a "las leyes y los usos"²⁹. Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha concluido que es una norma del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como internos, que "las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra"³⁰.

En conclusión, hoy día está arraigado en la costumbre internacional y en el Derecho Internacional que no hay justificación moral, ni una razón legal de peso, para tratar en forma más indulgente a quienes cometen atrocidades en los conflictos armados internos, de aquellos que se cometen en conflictos internacionales.

Los nexos entre el acusado y las fuerzas armadas o insurgentes es otro de los elementos necesarios de los crímenes de guerra. El sujeto activo de los crímenes de guerra son combatientes de ambas partes al conflicto armado interno, esto es el ejército o fuerzas armadas gubernamentales y el grupo insurgente o disidente. Por tal razón, el Derecho Internacional Humanitario protege a aquellos combatientes fuera de combate, náufragos, heridos o capturados y/o detenidos y también pretende proteger a un grupo de personas carentes de estatuto de combatiente como lo son la población civil y los civiles.

Esta clase de crímenes deben entonces haber sido cometidos en el marco de un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional. Se entiende como sujeto pasivo del delito (víctimas): a) las personas que no participen directamente en las hostilidades (personal médico, sanitario o religioso); b) miembros de fuerzas armadas o grupo insurgente que hayan depuesto las armas o hayan sido puestas fuera de combate por cualquier razón y; c) los civiles y la población civil.

El sujeto activo del delito lo constituye la persona o personas que participan en las hostilidades como una de las partes en conflicto y que, teniendo conocimiento de las circunstancias, planifique, ordene, ejecute o tolere (por el principio de responsabilidad del superior jerárquico) actos delictivos sancionados por el Derecho Internacional

29 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8, párrafo 2º, letras c), d), e) y f).

30 Supra Note 17, Norma No. 156, pág. 643.

Humanitario. Por último, debe haber un nexo entre el crimen y el conflicto armado. En otras palabras, el contexto debe ser de conflicto armado internacional o de conflicto armado interno.

Los tres elementos de los crímenes de guerra también se pueden resumir así: i) comportamientos prohibidos; ii) cometidos por las partes al conflicto armado y; iii) cometidos en el marco del conflicto armado y en relación con éste. Los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I, para los conflictos armados internacionales, y el artículo 3 Común y el Protocolo II, para los conflictos armados internos, establecen que las víctimas de los crímenes de guerra son las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario: los combatientes puestos fuera de combate o que hayan depuesto las armas, las personas que no participen directamente en las hostilidades, los civiles y la población civil, los miembros de las misiones médicas, el personal sanitario y religioso, y los periodistas, entre otros. Pero cabe precisar que los combatientes pueden ser también víctimas de ciertos crímenes de guerra, como por ejemplo aquellos que sancionan ciertos métodos de guerra, armas o municiones.

B. Los crímenes de lesa humanidad

El crimen de lesa humanidad vinculado a la existencia de una guerra: Tribunal Militar de Núremberg y Estatuto del Tribunal de Tokio

Cherif Bassiouni indica que los crímenes de lesa humanidad han evolucionado desde 1945 pero no de manera cohesionada, consistente, ni integral, sino todo lo contrario³¹. El concepto de "crimen de lesa humanidad" ha sido utilizado indistintamente como sinónimo de "crimen contra la humanidad"; para efectos de este estudio deben comprenderse de forma indistinta ambos términos.

El artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, definió los crímenes de lesa humanidad así:

"[...] el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes

31 Ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 87.

*que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron*³².

La definición de crimen de lesa humanidad plasmada en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, bien pronto encontró límites, ya que a pesar que el inciso c incluyó como dentro de esa categoría de ilícito los actos realizados “antes” o “durante” la guerra, el enjuiciamiento por delitos cometidos antes de la guerra no fue posible. De tal forma que el problema de la definición del Estatuto radica en que ésta quedó vinculada a la existencia de una guerra, aunque esta condición fue posteriormente removida. Esto debido a que el encabezado del mismo artículo 6 establecía la condición de la existencia de un contexto de guerra en los siguientes términos:

“[el] Tribunal establecido [...] para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones [...]”.

Las dificultades interpretativas que generaron estas disposiciones obligaron a los miembros de la comunidad internacional al estudio y redefinición de este artículo. Estos cambios se dieron a través de la emisión de la Ley No. 10, Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa Humanidad, del Consejo de Control Aliado, aprobada el 20 de diciembre de 1945. En cuanto a los delitos contra la humanidad esta ley estableció lo siguiente:

Artículo 2(c) “Son crímenes contra la humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados al asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”.

Mediante esta ley se añaden conductas específicas de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad como lo es la encarcelación, la violación y la tortura. Además, regula la no aplicabilidad de ningún tipo de inmunidad, indulto, amnistía o limitación a los juicios a

³² Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Artículo 6 (c).

realizarse, cualquiera que sea su forma por medio de amnistías o indultos, que constituyan obstáculos para el juzgamiento o castigo de los responsables³³. Asimismo, esta ley prohibió la aplicación de la prescripción para estos crímenes cometidos entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945.

La definición del crimen de lesa humanidad continúa desarrollándose posteriormente en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptado el 16 de enero de 1946. En este instrumento se regula el crimen de lesa humanidad de la siguiente forma:

Artículo 5 literal (c) Delitos contra la humanidad:

"[a] saber, el asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos o raciales en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron".

"Líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspire para cometer cualquiera de los crímenes anteriores, son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona que los ejecute".

En este Estatuto se vuelven a dar cambios fundamentales en el concepto de crimen de lesa humanidad. Por ejemplo, se amplía el grupo de personas a quienes puede determinárseles responsabilidad penal y se omite la persecución basada en motivos religiosos. Sin embargo, se mantiene el concepto alrededor del cual la lesa humanidad se puede cometer antes o durante el conflicto armado. La limitación del Estatuto de Tokio –como el de Núremberg– no es que el crimen se pueda materializar antes del conflicto armado, sino que condicionó la existencia del crimen de lesa humanidad a la existencia de un conflicto armado (guerra) y que su comisión se debe dar en relación con éste.

33 Ver, Ley No. 10, Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa Humanidad, del Consejo de Control Aliado, de 20 de diciembre de 1945, artículo II (5).

Crímenes de lesa humanidad aplicables tanto a conflictos armados como en épocas de paz

El 26 de noviembre de 1968 fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad³⁴. Esta Convención reiteró la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, mediante la cual la Asamblea General confirmó los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, como principios del Derecho Internacional. Además de consagrar la imprescriptibilidad de estos ilícitos, la Convención estipuló que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en época de guerra, como en época de paz, y se refirió a estos ilícitos como aquellos:

"[...] cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos".

Crímenes de lesa humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 1993³⁵, regula los crímenes de lesa humanidad en el artículo 5 en los siguientes términos:

"[...] los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

³⁴ Documento de Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 26 de noviembre de 1968.

³⁵ Documento de Naciones Unidas, Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993.

- "a) *Asesinato*;
- "b) *Exterminio*;
- "c) *Esclavitud*;
- "d) *Deportación*;
- "e) *Encarcelamiento*;
- "f) *Tortura*;
- "g) *Violación*;
- "h) *Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos*;
- "i) *Otros actos inhumanos*".

A pesar que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad había desvinculado los crímenes contra la humanidad de los contextos de guerra, este Estatuto volvió a incorporar en su definición como condición necesaria que los crímenes hayan sido cometidos durante un conflicto armado interno o internacional. Sin embargo, en el caso *Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) abandonó la exigencia del requisito de nexo de guerra.

Así, el Tribunal señaló que "el derecho internacional consuetudinario no exige más el vínculo entre crímenes de lesa humanidad y conflicto armado. [...] La ausencia de vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y un conflicto armado es hoy en día una regla establecida del derecho internacional consuetudinario³⁶".

Aunque el artículo 5 del Estatuto del TPIY no estipuló como requisito para la configuración del crimen de lesa humanidad que los comportamientos fueran parte de una práctica o de un ataque "masivo", a "gran escala" o "sistemático", el TPIY consideró que estos elementos hacían parte de la definición de ese ilícito, bajo el Derecho Internacional consuetudinario³⁷. Sin embargo, el TPIY precisó que un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque

36 TPIY, Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, Caso *El Fiscal vs. Tadic*, IT-94-1 "Prijetedor", párrs. 78 y 141 (Original en francés, traducción libre).

37 TPIY, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 7 de mayo de 1997, Caso *El Fiscal vs. Tadic*, N° Tadic IT-94-1 "Prijetedor", párrs. 640 y siguientes; Sala de

generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable³⁸”.

Crímenes de lesa humanidad en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, adoptado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 5 de noviembre de 1994³⁹, define en el artículo 3 los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

"[...] los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:

"a) Homicidio intencional;

"b) Exterminio;

"c) Esclavitud;

"d) Deportación;

"e) Encarcelamiento;

"f) Tortura;

"g) Violación;

"h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;

"i) Otros actos inhumanos”.

En este instrumento de Naciones Unidas, la comisión de crímenes de lesa humanidad no se encuentra vinculada a un contexto de guerra.

Primera Instancia, Sentencia de 13 de abril de 1996, Caso *El Fiscal vs. Mskic, Miroslav Radic y Veselin Slivjanicanin*, , N° IT-95-13-R61, párrs. 20 y 32.

38 TPIY Sentencia de 7 de mayo de 1997, Caso *El Fiscal vs. Dusko Tadic*, IT-94-1-T. En el mismo sentido ver: Sentencia de 14 de enero de 2000, Caso *El Fiscal vs. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, y Sentencia de 26 de febrero del 2001, Caso *El Fiscal vs. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T.

39 Documento de Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/955 , de 5 de noviembre de 1994.

No sobra destacar que, a diferencia del Estatuto del TPIY, el Estatuto del TPIR incluyó expresamente en la definición de crimen de lesa humanidad los elementos “ataque generalizado o sistemático”. Sin embargo, incorporó un elemento subjetivo adicional –hasta ahora inexistente en los Estatutos de los anteriores tribunales– a saber, que los comportamientos criminalizados fueran cometidos “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales y religiosas”.

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

Desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y ante los horrores de la II Guerra Mundial, se estableció el interés de los países de la comunidad internacional de elaborar un Código Internacional que permitiera enfrentar los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional⁴⁰. Con este propósito, el 21 de noviembre de 1947, en su 2º periodo de sesiones, la Asamblea General creó la Comisión de Derecho Internacional⁴¹. El objetivo principal designado a esta Comisión, fue “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación⁴²”.

Sin embargo, antes de la creación de la Comisión de Derecho Internacional, la Asamblea General en su primer período de sesiones adoptó, el 11 de diciembre de 1946, la Resolución 95 (I) en la que confirmaron los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias emitidas por el mismo⁴³. En términos legislativos, esta aprobación y ese reconocimiento significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios, en principios generales de derecho consuetudinario con

40 Carta de Naciones Unidas, Artículo 13(1): “La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”.

41 Documento de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 174 (II), “Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional”, de 21 de noviembre de 1947 y Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1985, Volumen II, A/CN.4SER.A/1985/Add. 1 (Part 2), pág.7.

42 Documento de Naciones Unidas, *Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional*, adoptado por la Asamblea General, mediante la Resolución 174 (II), Artículo 1 (1) “Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional”, de 21 de noviembre de 1947.

43 Documento de Naciones Unidas, Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946, párrafo resolutivo 1º.

carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional.

Desde su creación, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) recibió dos mandatos por parte de la Asamblea General: a) codificar los principios reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg y b) preparar un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁴⁴.

En su primer período de sesiones en 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) examinó los encargos recibidos de la Asamblea General, nombrando como Relator Especial a Jean Spiropoulos para llevar a cabo, entre otras cosas, la formulación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg⁴⁵. Estos principios fueron presentados en el segundo período de sesiones de la CDI en 1950. En el Principio VI, se definieron los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad quedando de la siguiente forma:

PRINCIPIO VI

"Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:

"a. Crímenes contra la paz:

"i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;

"ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i.

"b. Crímenes de guerra:

"Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de

44 Documento de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 177 (III) de 21 de noviembre de 1947, párrafos resolutivos a) y b).

45 Anuario de la Comisión de Derecho Internacional A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part 2) pág. 7

territorios ocupados o que en ellos se encuentre; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

"c. *Crímenes contra la humanidad:*

El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él".

El Principio VI provocó debates sobre la necesidad de crear un principio más abstracto, paralelamente a la lista de crímenes que éste enunciaba⁴⁶. La función asignada a la Comisión de Derecho Internacional comenzó a materializarse con la elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El primer proyecto de la Comisión fue presentado en el año 1954⁴⁷ y definía los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

"[...] actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia"⁴⁸.

En este primer proyecto de 1954, los crímenes de lesa humanidad ya se encuentran desvinculados de la existencia de un contexto de guerra. Al igual que en el Estatuto de Tokio, se incorpora en la definición del crimen del sujeto activo del ilícito. Este instrumento prevé como móviles para la configuración del delito de persecución (móviles sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales), pero a diferencia del Estatuto de Tokio que hace una descripción de tipos de personas que pudieran ser responsables, esta definición surgida de la CDI indica

46 Comisión de Derecho Internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/SER.A/1985/Add.1(Part 2), pág. 13.

47 Documento de Naciones Unidas, A/CN.4/85, del 30 de abril de 1954 pág. 112

48 Documento de Naciones Unidas, A/CN.4/398, del 11 de marzo de 1986, pág. 118. Parr. XI.10

que los responsables pueden ser: *autoridades del Estado o particulares que actúen por su instigación o con su tolerancia*. Como se puede concluir de su lectura, este proyecto incorporó otro elemento más que configura el delito de persecución como crimen de lesa humanidad, tal y como lo es la persecución por "motivos culturales y sociales".

Aun cuando la CDI presentó en 1954 un proyecto de Código, la Asamblea General pospuso su examen hasta tanto no se resolviera el problema de la definición del crimen de agresión⁴⁹. Los trabajos de la CDI sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se paralizaron por veinte años, hasta que en 1974, la Asamblea General adoptaba por consenso una definición del crimen de agresión⁵⁰. No obstante, sólo hasta 1981, la Asamblea General relanzaría la iniciativa de un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁵¹. Es importante destacar que el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (su versión parcial y referida a la parte sustantiva, esto es: crímenes, régimen de responsabilidad penal y principios generales de derecho) ha sido considerada como parte del derecho internacional consuetudinario⁵².

En 1996, la CDI presentó su versión final del Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En el artículo 18 se definen los crímenes contra la humanidad de la siguiente forma:

"Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo, de cualquiera de los actos siguientes:

"a) Asesinato;

" b) Exterminio;

"c) Tortura;

49 Documento de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 897 (IX) de 14 de diciembre de 1954 Inciso 2.

50 Documentos de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 3314 (XXIX) de 4 de diciembre de 1974.

51 Documentos de Naciones Unidas, Resolución 36/106 de 10 de diciembre de 1981.

52 Ver, entre otros, TPIY, Sentencia de 16 de noviembre 1998, *El Fiscal vs. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo* ("caso Celebici"), caso No. IT-96-21-T, párrafo 56.

- "d) *Sujeción a esclavitud;*
- "e) *Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;*
- "f) *Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;*
- "g) *Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;*
- "h) *Encarcelamiento arbitrario;*
- "i) *Desaparición forzada de personas;*
- "j) *Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;*
- "k) *Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves".*

En este orden de ideas, resulta de gran utilidad las labores de la CDI en la redacción del proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional. En efecto, en su informe de 1994 a la Asamblea General, al comentar el artículo 20 de este proyecto de Estatuto, la CDI señaló que "[...] la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte. La característica de esos crímenes reside en que son sistemáticos y en gran escala. Las formas particulares de acto ilícito [...] son menos decisivas para la definición que los factores de escala y política deliberada, así como el estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte. [...] La expresión 'cometidos contra la población civil' debe entenderse referida a actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares a que se hace referencia en la definición son actos deliberadamente cometidos como parte de ese ataque⁵³".

53 Documento de Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994, Documentos oficiales de la Asamblea General,

Crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional definió los crímenes de lesa humanidad de la siguiente manera:

Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)

- "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
- "a) Asesinato;
 - "b) Exterminio;
 - "c) Esclavitud;
 - "d) Deportación o traslado forzoso de población;
 - "e) Encarcelación u 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 u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
 - "h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
 - "i) Desaparición forzada de personas;

"j) *El crimen de apartheid;*

"k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*".

Según la jurisprudencia del TPIY los elementos del crimen de lesa humanidad son los siguientes: a) debe existir un ataque; b) el ataque es generalizado o sistemático; c) en contra de población civil; d) tanto en contexto de conflicto armado interno o internacional, como en época de disturbios internos o de paz; en otras palabras, en relación a este último elemento, podemos afirmar que no hay necesidad de que haya un estado de conflicto armado entre dos grupos beligerantes.

Debe existir un ataque

El ataque ha sido definido como una línea de conducta que implique la comisión de actos de violencia⁵⁴; se ha establecido también que un sólo acto puede ser considerado un crimen de lesa humanidad cuando ocurre en un contexto relevante⁵⁵. Basta con demostrar que el acto se realizó en un contexto de acumulación de actos de violencia los cuales pueden variar individualmente en cuanto a su naturaleza y gravedad⁵⁶, para determinar que sí hay crímenes de lesa humanidad.

El ataque debe ser generalizado

Este es un parámetro cuantitativo; se refiere a la cantidad de víctimas que implica la realización del ataque. Significa acción masiva, sistemática, generalizada, frecuente y a gran escala, llevada a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas⁵⁷.

54 TPIY, sentencia de 14 de noviembre de 1995, El Fiscal vs. Tadic, caso IT-94-1-A, párr. 11.

55 TPIY, El Fiscal vs Kupreskic y otros, Caso IT-95-16-T, Sentencia del 14 Enero 2000, párr. 550; (traducción libre); El Fiscal vs Tadic, Caso IT-94-1-T, Sentencia de 7 Mayo 1997, pár. 649.

56 TPIY, Sentencia de 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones El Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vukovic, Caso IT-96-23, párrs. 90.

57 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, *El Fiscal vs. Akayesu*, Caso ICTR-96-4-T, párrs. 579-581.

Conductas exclusivas del ataque generalizado pueden ser las siguientes: Exterminio, deportación o traslado forzoso de población, persecuciones o apartheid.

El ataque debe ser sistemático

Este es un parámetro cualitativo; tiene su origen en el término sistema e indica la existencia de un patrón o un plan metódico. Conductas posibles como ataque sistemático no generalizado pueden ser las siguientes: asesinato, tortura, esclavitud, actos de violencia sexual.

Las interrogantes que pueden ser de utilidad para determinar el criterio de sistematicidad son: ¿Existió planificación previa del ataque? ¿Se actuaba con un método? ¿Los ataques provenían de una estructura estatal o de crimen organizado?

El ataque tiene que haberse perpetrado en contra de la población civil

La mejor definición de población civil es la que se desprende de los Convenios de Ginebra de 1949. Estos consideran civiles a quienes no pertenecen a las fuerzas armadas u otros legítimos combatientes⁵⁸. Debe tenerse en consideración que no es necesario que el ataque se realice contra la totalidad de la población civil, pero sí debe ser un número suficiente (que ofrezca representatividad)⁵⁹; sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que un sólo acto puede configurar un delito de lesa humanidad, cuando se comete en un contexto de ataques sistemáticos o generalizados⁶⁰. Aun cuando algunos instrumentos internacionales que tipifican el crimen de lesa humanidad se refieren a su comisión como "parte de un ataque a la población civil", ello no significa que sólo personas civiles pueden ser víctimas de este tipo de crimen bajo el derecho internacional. En efecto, el Tribunal

⁵⁸ Supra note 56, párrs. 90-91.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 96 citando a TPIY, caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, May 7, 1997, at para. 649 "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable". Esto fue posteriormente confirmado por el mismo tribunal en *Prosecutor v. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, Judgement, January 14, 2000, at para. 550, y *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Judgement, February 26, 2001, at para. 178.

Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha precisado que un crimen de lesa humanidad puede cometerse tanto contra una población civil, cualquiera que sea, como contra miembros de las partes en un conflicto armado⁶¹.

Para definir los elementos del crimen de lesa humanidad, también se podrían estudiar los "Elementos de los Crímenes" (ICC-ASP/1/3), además de la jurisprudencia del TPIY ya identificada anteriormente. Quizá incluso sea más pertinente utilizar los "Elementos de los Crímenes" (ICC-ASP/1/3), para determinar cómo define ese crimen y sus elementos el Estatuto de Roma y no el TPIY⁶².

61 Sala de Primera Instancia, Sentencia de 7 de mayo de 1997, *El Fiscal vs. Tadic*, Caso Tadic IT-94-1 "Prijedor", párrs. 640 y siguientes; Sala de Primera Instancia, Sentencia de 13 de abril de 1996, *El Fiscal vs. Mile Mskic, Miroslav Radic y Veselin Slivjančanin*, ("*Hospital de Vukovar*"), Caso IT-95-13-R61, párrs. 20 y 32.

62 "1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

3. Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política ... de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil". Elementos de los Crímenes, Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad, en *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer período de sesiones Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 Documentos Oficiales*, Documento ICC-ASP/1/3, pág. 119 y 120.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado la postura desarrollada por los tribunales penales internacionales al afirmar que “[b]asta que un sólo acto ilícito (como los antes mencionados) sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad⁶³”.

En virtud que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, puede ocurrir que entre el grupo de víctimas de un ataque de lesa humanidad, se encuentren incluso miembros de un grupo armado. La presencia de miembros de una de las partes en conflicto, no excluye la tipificación del crimen como lesa humanidad. Las partes en conflicto pueden ser víctimas de un crimen de lesa humanidad, como lo ha reiterado el TPIY⁶⁴. Es importante recordar que hay un principio que afirma que cuando existe duda para determinar si una persona era civil o no, esta persona debe ser considerada como civil.

¿Deben los actos formar parte de una política estatal?

Este requisito estuvo presente desde Núremberg⁶⁵; de acuerdo con Bassiouni:

“la noción de política estatal se refiere a la conducta ilegal por parte de actores estatales que utilizan el poder público y los recursos bajo el manto de la ley para cometer conductas nocivas contra la población civil. Esto incluye a cualquier individuo o grupo capaz de utilizar las competencias y los recursos de gobierno para institucionalizar la violencia contra la población civil⁶⁶”.

Sin embargo, por las dificultades probatorias de la existencia de una política estatal como tal, los tribunales internacionales desarrollaron

63 Ibid

64 Supra Note 58, párr. 86.

65 Bassiouni explica que aunque el artículo 6 (c) no indica exactamente el elemento de política Estatal, pero que sí se encuentra en el encabezado del Artículo 6 establecido que los delitos se refieren a aquellos que fueron cometidos “aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje europeo cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones” ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011, pág. 3 (Original en inglés, traducción libre).

66 Ibid, pág. 14(Original en inglés, traducción libre).

los criterios de que bastaba determinar que estos actos presentaran un patrón de ser generalizados o sistemáticos⁶⁷ sin que sea necesario que concurren ambas condiciones. Los ataques sistemáticos o generalizados son determinados por la acción violenta en sí misma, no por los actos individuales de la persona a quien se imputen⁶⁸.

En relación con el texto anterior, cabe aclarar que el crimen de lesa humanidad puede ser cometido tanto por agentes estatales como por agentes no estatales; además el Derecho Internacional Consuetudinario no exige que sea cometido dentro o como parte de una "política estatal", sino como parte de una práctica masiva, a gran escala o sistemática (ello para diferenciarlo de otros actos, que aun cuando sean ilícitos en sí mismos, no constituyen crimen de lesa humanidad). Si bien la CDI ha señalado que el concepto sistemático "excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios⁶⁹", por "política" no debe entenderse únicamente la estatal. De no ser así, se excluirían a los grupos insurgentes como sujetos activos del crimen (o sólo les sería imputables crímenes de lesa humanidad cuando estén en una situación de control de población y territorio asimilable a las que ejerce un Estado, o en términos militares, en casos de "territorios liberados".

Por último, la práctica masiva o a gran escala o sistemática es un elemento constitutivo del crimen de lesa humanidad y no un simple recurso probatorio como se sugiere en el texto. Otra cosa distinta es que la jurisprudencia internacional haya identificado criterios probatorios para probar este elemento. Como lo precisó la CDI, este elemento diferencia el crimen de lesa humanidad del "caso de una persona que cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. [...] La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen

67 Ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011, pág. 23 (Original en inglés, traducción libre).

68 Supra note 64, Párr. 96

69 Documento de Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, A/51/10, pág. 100.

contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado⁷⁰”.

Conocimiento del contexto en que se realiza el acto

Se establece como requisito para imputar por lesa humanidad que el presunto responsable del delito debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático⁷¹. Para determinar que el presunto autor tuvo conocimiento del tipo de crimen a cometer, basta con que se demuestre que tuvo “conocimiento del contexto”. Así, el TPIY ha señalado que si el conocimiento se requiere para configurarse la responsabilidad penal por el crimen de lesa humanidad, este conocimiento debe ser abordado desde una perspectiva objetiva y ser inferido implícitamente de las circunstancias⁷². Así, la jurisprudencia ha identificado una serie de elementos fácticos que permiten inferir este conocimiento, entre otros⁷³:

- a) las circunstancias históricas y políticas en las cuales se cometieron las conductas ilícitas (puede probarse con notas de medios de comunicación);
- b) las funciones que ejercía la persona al momento de la comisión del crimen;
- c) las responsabilidades que tenía la persona dentro de la jerarquía política o militar;
- d) las relaciones directas e indirectas entre la jerarquía política o militar;
- e) la amplitud y gravedad de los actos cometidos;
- f) la naturaleza de crímenes cometidos y su notoriedad o;

70 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones – 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, A/51/10, págs. 102 y 103.

71 *Supra* Note 68, párrs. 102 y 103

72 TPIY, Sala de 1ª Instancia, Sentencia de 7 de mayo de 1997, *El Fiscal vs. Dusko Tadic, alias "Dule"*, Caso IT-94-1-T, párr. 657.

73 TPIY, Sentencia de 3 de marzo de 2000, *El Fiscal vs. Blaskic*, Caso IT-95-14-T, párr. 259; TPIY, Sala de 1ª Instancia II, Sentencia de 29 de noviembre de 2002, *El Fiscal vs. Vasilejevic*, Caso IT-98-32-T, párr. 37; y TPIY, Sala de 1ª Instancia II, Sentencia de 15 de marzo de 2003.

- g) alternativamente, que el presunto responsable admite el riesgo de que sus actos formen parte del ataque generalizado o sistemático⁷⁴ (equiparable al dolo eventual previsto en el Código Penal guatemalteco).

Bajo el Derecho Internacional, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra y los responsables de éste deben ser juzgados y castigados, independientemente de las circunstancias en que estos ilícitos internacionales fueron cometidos⁷⁵. La perpetración de dichos crímenes representa un daño tan grande para la humanidad, que se justifica su sometimiento a un deber de persecución penal de carácter universal. Así lo ha reafirmado el TPIY: “[l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan al ser humano al golpearlo en lo que le es lo más esencial: su vida, su libertad, su integridad física, su salud y su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque al atacar al ser humano, ataca y niega a la humanidad. Es la identidad de la víctima, la humanidad, la que por demás caracteriza la especificidad del crimen de lesa humanidad⁷⁶”. En ese sentido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁷⁷”.

74 TPIY, Sentencia de 29 de noviembre de 2002, *El Fiscal vs. Vasilejevic*, párr. 37; TPIY, Sentencia de 3 de marzo del 2000, *El Fiscal vs. Blaskic*, Caso IT-95-14, párr. 257; TPIY, Sentencia de 15 de marzo de 2002, *El Fiscal vs. Krnojelac*, párr. 59.

75 Ver entre otros: TPIY, Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, *El Fiscal vs. Tadic*, Caso IT-94-1 “Prijedor”, párrs. 78 y 141.

76 TPIY, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, *El Fiscal vs. Erdemovic*, Caso IT-96-22-T, párr. 28 (original en francés, traducción libre).

77 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Párrafo 6 del Preámbulo.

3. Diferencias entre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad surgieron de forma análoga a los crímenes de guerra⁷⁸. Los estudios realizados en las últimas décadas indican que ha existido un traslape entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Así, Schelb citado por Bassiouni indica que "un crimen de lesa humanidad según el artículo 6 (c) del Estatuto puede o no ser simultáneamente una violación de los usos y costumbres de la guerra y por lo tanto un crimen de guerra en el sentido estricto de los que se regulan en el artículo 6 (b) del Estatuto. De allí se deriva que, por un lado, el término 'crímenes de lesa humanidad' y por el otro lado los términos 'crímenes de guerra' o 'violaciones de los usos y costumbres de la guerra' se traslapen⁷⁹".

En su origen, los crímenes contra la humanidad tomaron como base el derecho consuetudinario y normativas existentes sobre los conflictos armados que existían hasta el estallido de la Segunda Guerra Mundial. Al respecto, Bassiouni ha indicado que las prohibiciones contenidas en el artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg también se encontraban en las regulaciones de conflictos armados y que pueden además encontrarse en el Código Lieber de 1863, así como en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907. Según Bassiouni, las Convenciones de La Haya eran reconocidas como Derecho Internacional Consuetudinario durante Núremberg. Asimismo, este autor señala que numerosos textos documentan la existencia de tales prohibiciones dentro del Derecho Internacional Consuetudinario⁸⁰. La noción de crimen de lesa humanidad obedeció a la necesidad de ampliar las categorías de población víctima, protegida ya por el derecho de la guerra.

Finalmente, lo que distingue el crimen de lesa humanidad del crimen de guerra es: i) la comisión de una serie de actos que vulneran la existencia misma del ser humano y; ii) que son cometidos dentro de

78 En el artículo 29 del instrumento de Rendición de Italia del 29 de septiembre de 1943 se refería a los perpetradores de "Crímenes de Guerra" y también a personas sospechosas de haber cometido "ofensas análogas" se dice que estas ofensas análogas se convirtieron posteriormente en "crímenes contra la humanidad" ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague,

79 Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands 1999, pág. 75.

80 *Ibíd.* Pág. 71.

una práctica masiva a gran escala o sistemática, independientemente de que exista o no un conflicto armado. La diferencia no reside en el objeto de la protección, pues como se ha anotado antes los civiles y la población civil son objeto de protección tanto por la figura del crimen de lesa humanidad como por la del crimen de guerra. Así la violación sexual de un civil por miembros del ejército, cometida en el marco de un conflicto armado es un crimen de guerra; pero si es cometida como parte de un ataque generalizado contra la población civil o de una práctica, política o plan sistemático –aún en tiempo de guerra– se debería considerar como crimen de lesa humanidad. El objeto de protección sigue siendo la población civil, pero lo que entra a determinar el proceso de adecuación típica es que el comportamiento reúna los elementos exigidos por el tipo penal. El conflicto armado y el nexo entre éste y el ilícito son elementos inherentes del crimen de guerra, mientras que tales elementos no existen en el crimen de lesa humanidad, para el cual se requieren dos elementos fácticos: el acto prohibido y su comisión dentro de una práctica masiva, a gran escala o sistemática.

Hasta 1945, cuando se adoptó la primera definición del crimen de lesa humanidad con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el Derecho Internacional estaba centrado fundamentalmente –aunque no exclusivamente⁸¹– en la protección de las partes beligerantes a los conflictos armados interestatales. La definición del crimen de lesa humanidad establecida con el Estatuto de Núremberg, inspirada en las prohibiciones ya existentes en el Derecho Internacional Humanitario, criminalizaría las exacciones de los beligerantes cometidas contra la población civil y, por esa vía, le brindaría protección internacional. Posteriormente, con la adopción de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 –en particular el artículo 3 Común de los cuatro Convenios y el IV Convenio– y de sus dos Protocolos adicionales de 1977, el Derecho Internacional Humanitario amplió la protección a la población civil.

El origen de la definición de lesa humanidad, su concomitancia con los crímenes de guerra y su vínculo con el conflicto armado suscitó no pocas dificultades en los juicios de Núremberg, de adecuación típica de los comportamientos ilícitos, ya como crímenes de guerra o ya como crímenes de lesa humanidad. Estas dificultades persistieron en el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia. Así, en el caso Erdemovic, el TPIY debatió si los actos reprochados constituían

81 Ver, por ejemplo, el Código Lieber (arts. 31 a 47), el Manual de Oxford (arts. 15, 36 y ss.) y los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. El punto de mayor trascendencia surgió en la determinación de la pena a imponer; el centro de la discusión fue si un crimen de lesa humanidad podía ser considerado más grave que un crimen de guerra y, por lo tanto, merecía una sanción más drástica⁸².

4. Responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes graves bajo el Derecho Internacional

La determinación de la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes graves bajo el Derecho Internacional ha sido objeto de preocupación de la Comunidad Internacional. En efecto, desde la Primera Guerra Mundial se registraron intentos para deducir la responsabilidad penal individual; el Tratado de Paz de Versalles de 1919 contenía disposiciones orientadas a deducir dicha responsabilidad en casos de "actos contrarios a los usos y costumbres de la guerra" (artículo 228). Además, el artículo 227 del Tratado de Versalles estipuló la creación de un tribunal internacional para juzgar al ex emperador (Káiser) de Alemania, Guillermo II de Hohenzollern, por "ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados". Como se sabe, los Países Bajos, en donde el Káiser se había refugiado, se negaron a extraditar al monarca vencido y el tribunal internacional especial nunca sería creado. Fue a partir del Acuerdo de Londres, suscrito el 8 de agosto de 1945 por las potencias aliadas, cuando resultaron vencedoras durante la Segunda Guerra Mundial, que se constituyeron las bases para la creación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, el cual se adoptó el 6 de octubre de 1945.

El establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Núremberg marcó un cambio de paradigma en el Derecho Penal Internacional; antes de Núremberg, únicamente los Estados eran susceptibles de tener responsabilidad internacional; una de las mayores transformaciones del Derecho Penal Internacional fue el reconocimiento de los individuos como sujetos de Derecho Internacional⁸³.

82 Al respecto ver: TPIY, *El Fiscal vs. Erdemovic*, Sentencias de 29 de noviembre de 1996 (Sala de 1ª Instancia) y de 5 de marzo de 1998 (Sala de 1ª Instancia), Caso IT-96-22-A.

83 Ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law, 2nd Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, *The Netherlands* 2012, pág. 59.

En la sentencia de los juicios de Núremberg se estableció lo siguiente: “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a las personas que cometen esos crímenes puede hacerse respetar la normativa del derecho internacional⁸⁴”. Esta disposición quedó plasmada en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg. Así, el Principio I establece: “[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción⁸⁵”.

La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes graves bajo el derecho internacional se afianzó como norma consuetudinaria del Derecho Internacional y sería desarrollada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y plasmada en diferentes convenciones e instrumentos internacionales⁸⁶.

84 Extraído del fallo del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, citado en: Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), pag. 47

85 Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

86 La *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, establece en el Artículo IV que : “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”; la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* establece en el Artículo V que “Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”. No hay que confundir la cuestión de la responsabilidad penal individual por un crimen bajo el derecho internacional y la cuestión de la jurisdicción internacional. Tal vez sea más interesante listar los instrumentos con la mención a los respectivos artículos así: *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Artículos IV, V y VI); *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* (Artículos III, IV y V); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículos 2, 4, 5, 6 y 7); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 4, 5, 6, 9, 10 y 11); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (artículos 1, 3, 6, 11, 12 y 13); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (artículos I, III, IV, V y VI); *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* (Principios 1, 2 y 5); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias* (Principio 19); *Declaración sobre la protección de todas*

La normatividad de Núremberg fue casi inmediatamente desarrollada en la Ley No. 10 de Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa Humanidad del Consejo de Control Aliado, aprobada el 20 de diciembre de 1945. Esta ley surge tan sólo a dos meses de creado el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Se buscaba con esta ley uniformar la base legal para posteriores enjuiciamientos en las zonas ocupadas de la postguerra⁸⁷.

El Derecho Penal Internacional como rama del Derecho Internacional comparte las mismas fuentes⁸⁸. Estas son principalmente los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho. El surgimiento del Derecho Penal Internacional está estrechamente vinculado a la creación de tribunales penales internacionales. Después de Núremberg fueron establecidos otros tribunales penales internacionales, que continuaron desarrollando esta rama del derecho. El 16 de enero de 1946 fue adoptado por los Aliados el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Estatuto de Tokio). Este Tribunal juzgó a los principales responsables japoneses de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la II Guerra Mundial.

Cuarenta y siete años después de constituido el último tribunal internacional para juzgar crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, vuelve a crearse un tribunal internacional para juzgar "serias violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991", a través de la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la Resolución No. 827 de 25 de mayo de 1993. La competencia de este Tribunal se estableció con respecto a las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949; las violaciones de las leyes o usos de la guerra; el genocidio y; los crímenes de lesa humanidad.

las personas contra las desapariciones forzadas (párrafo 4 del preámbulo y artículos 2 y 4); y *la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículos 3 y 7).

87 Gerard Werle,, *International Criminal Justice*, Humboldt Universitat Zu Berlín, 2010, pág. 1, disponible en: http://werle.rewi.hu-berlin.de/01_History-Summary.pdf

88 Ver Robert Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge Universtiy Press, Cambridge, 2010, pág. 9. Tambien ver artículo 38 del *Estatuto la Corte Internacional de Justicia*.

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas crea un nuevo tribunal internacional "para la persecución de personas responsables de genocidio y otras serias violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda"⁸⁹: el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Este Tribunal tendría competencia respecto de las violaciones del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra; genocidio y; crímenes de lesa humanidad.

En 2002, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas establecería el Tribunal Especial para Sierra Leona⁹⁰. A diferencia de los anteriores este Tribunal sería "mixto" y estaría compuesto por magistrados y fiscales de Sierra Leona y extranjeros. Su competencia abarcaría: los crímenes de lesa humanidad; las infracciones del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II; otras infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario y; una serie de crímenes previstos en la legislación de Sierra Leona.

En 2003, las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya celebraban un acuerdo para establecer unas Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Procesamiento de Delitos Cometidos durante el Régimen de la Campuchea Democrática⁹¹. Estas Salas se constituirían como tribunales "mixtos" (jueces y fiscales nacionales y extranjeros) y serían competentes para conocer los crímenes de tortura, persecución religiosa, homicidio, genocidio, crímenes de lesa humanidad, violaciones graves a los convenios de Ginebra de 1949, violaciones al Convenio de La Haya de 1954 sobre la protección de bienes culturales durante los conflictos armados y violaciones contra personas protegidas por la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

En 2007, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobaría el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano, dos cláusulas expresamente excluyen las amnistías. Este Tribunal mixto (jueces y fiscales nacionales y extranjeros) tendría competencia respecto de una serie de crímenes y atentados terroristas cometidos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005.

89 Documento de Naciones Unidas, Resolución 995 (1994) del Consejo de Seguridad, por medio de la cual se adopta el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

90 Documento de Naciones Unidas, Aprobado por el Consejo de Seguridad en su Resolución No. 1400 de 2002.

91 Documento de Naciones Unidas, Acuerdo validado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución No. 57/228 "Proceso de los Khmers Rouges" de 13 mayo de 2003.

Todas las anteriores iniciativas se caracterizan por ser jurisdicciones ad-hoc con una competencia limitada en el tiempo y en el espacio. El establecimiento de una jurisdicción internacional permanente se lograría el 17 de julio de 1998, con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional fue instalada en marzo de 2003. El Estatuto de Roma plasmó los conceptos modernos de las cuatro categorías de crímenes más graves bajo el Derecho Internacional, a saber: a) crímenes de lesa humanidad, b) crímenes de guerra, c) genocidio y d) agresión, y respecto de los cuales la comunidad internacional ha logrado consenso. Se trata entonces de los más graves crímenes, pues claro está que hay más crímenes bajo el Derecho Internacional.

5. Régimen jurídico de tratamiento común a todo crimen grave bajo el Derecho Internacional

A. Obligación de investigar y juzgar

Existe en el Derecho Internacional y la jurisprudencia internacional, vastos fundamentos que imponen como obligación imperativa la de investigar delitos internacionales y juzgar y castigar a sus autores. En efecto, la obligación de investigar esos crímenes así como la de juzgar y sancionar a sus responsables está expresamente consagrada en numerosos tratados⁹² e instrumentos internacionales⁹³. Asimismo, esta obligación ha sido ampliamente reafirmada por el Consejo de Seguridad⁹⁴ de las Naciones Unidas. En ese sentido, el Estatuto de

92 Ver entre otros: la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*; la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*.

93 Ver inter alia: los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*; y el *conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

94 Ver inter alia, Resoluciones Nos. 2136 (2014), *República Democrática del Congo*, de 30 de enero de 2014; 2122 (2013), *Las mujeres y la paz y la seguridad*, de 18 de octubre de 2013; 2127 (2013), *República Centroafricana*, de 5 de diciembre de 2013; 2100 (2013), *Mali*, de 25 de abril de 2013; 2101 (2013), *Costa de Marfil*, de 25 de abril de 2013; 2048 (2012), *Guinea-Bissau*, de 18 de mayo de 2012; 2040 (2012), *Libia*, de 12 de marzo de 2012; 2068 (2012), *Los niños y los conflictos armados*, de 19 de septiembre de 2012;

Roma de la Corte Penal Internacional reitera el deber jurídico de “todo Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

La obligación de investigar, juzgar y castigar no está circunscrita a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, sino que se predica igualmente de las graves violaciones de derechos humanos –como la tortura, la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada y la violencia sexual–, que también constituyen en sí mismas crímenes bajo el Derecho Internacional. Ello está expresamente consagrado en numerosos tratados⁹⁵ e instrumentos internacionales⁹⁶ y reafirmado

1998 (2011), *Los niños y los conflictos armados*, de 12 de julio de 2011; 1959 (2010), *Burundi*, de 16 de diciembre de 2010; 1894 (2009), *Protección de los civiles en los conflictos armados*, de 11 de noviembre de 2009; 1889 (2009), *Las mujeres y la paz y la seguridad*, de 5 de octubre de 2009; 1820 (2008), *Las mujeres y la paz y la seguridad*, de 19 de junio de 2008; 1738 (2006), *Protección de los civiles en los conflictos armados*, de 23 de diciembre de 2006; 1704 (2006), *Timor-Leste*, de 25 de agosto de 2006; 1591 (2005), *Sudán*, de 29 de marzo de 2005; 1529 (2004) *La cuestión de Haití*, de 29 de febrero de 2004; 1479 (2003) *La situación en Costa de Marfil*, de 13 de mayo de 2003; 1318 (2000), *Declaración dirigida a garantizar la eficacia de la función del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en particular en África*, de 7 de septiembre de 2000; 1315 (2000), *Sierra Leona*, de 14 de agosto de 2000; 1272 (1999), *Timor Oriental*, de 25 de octubre de 1999; 1019 (1995), *Sobre violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos cometidas en la ex Yugoslavia*, de 9 de noviembre de 1995; 941 (1994), *Sobre las violaciones del derecho humanitario internacional, en particular los perpetrados en Banja Luka, Bijeljina y otras zonas de Bosnia y Herzegovina en poder de fuerzas serbias de Bosnia*, de 23 de septiembre de 1994; 935 (1994), *Establecer una Comisión de Expertos imparcial para que examine las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en Ruanda*, de 1º de julio de 1994; y 859 (1993), *Bosnia y Herzegovina*, de 24 de agosto de 1993.

95 Ver entre otros: la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes*; la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; el *Protocolo Adicional a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*; la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*; y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

96 Ver inter alia: el *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*; los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias*; la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; y la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes*.

ampliamente por la jurisprudencia internacional y la de la Asamblea General⁹⁷ de las Naciones Unidas. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación internacional de juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos –como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la violación sexual y la tortura⁹⁸– así como los crímenes de lesa humanidad⁹⁹ y crímenes de guerra¹⁰⁰. La Corte ha precisado que es fundamental que los Estados enjuicien y castiguen efectivamente a todos sus responsables de las graves violaciones de derechos humanos, pues de lo contrario, estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar los derechos humanos¹⁰¹.

97 Ver, *inter alia*, las Resoluciones Nos. 49/193 de 23 de diciembre de 1994 (desaparición forzada); 51/94 de 12 de diciembre de 1996 (desaparición forzada); 53/150 de 9 de diciembre de 1998 (desaparición forzada); 55/111 de 4 de diciembre de 2001 (ejecución extrajudicial); y 67/168 de 20 de diciembre de 2012 (ejecuciones extrajudiciales).

98 Ver, *inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C No. 7, y 34; Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Serie C No. 8, párrs. 30 y ss.; Sentencia del 8 de diciembre de 1995, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Serie C No. 22, párr. 69; Sentencia del 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Serie C No. 28, párr. 61; Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Serie C No. 34, párr. 90; Sentencia de 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C No. 35, párr. 107; Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Nicholas Blake vs. Guatemala*, Serie C No. 36, párr. 97; y Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Serie C No. 216, párr. 108 y ss.

99 Ver *inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154 y Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Serie C No. 162.

100 Ver *inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C No. 252 y Sentencia de 20 de noviembre de 2012, *Caso de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C No. 259.

101 Ver *inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, *caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Serie C No. 101, párr. 154; Sentencia de 22 de septiembre de 2009, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Serie C No. 202, párr. 179; Sentencia de 23 de septiembre de 2009, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Serie C No. 203, párr. 141; Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Serie C No. 205, párr. 189; Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs.*

Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “el Estado Parte [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados¹⁰²”. Asimismo, el Comité contra la Tortura ha señalado que la obligación de investigar, juzgar y castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de la Convención, toda vez que “existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces [...] para castigar su práctica¹⁰³”.

Aunque, la obligación de investigar está contenida en instrumentos sobre violaciones específicas, es necesario observar que algunas declaraciones de las Naciones Unidas reafirman que la obligación de investigar no sólo se limita a violaciones específicas –como la tortura o las desapariciones forzadas–, sino a todas las violaciones a derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales universalmente reconocidos, en su artículo 9 (5), establece que: “[e]l Estado realizará una investigación rápida e imparcial o adoptará las medidas necesarias para que se lleve a cabo una indagación cuando existan motivos razonables para creer que se ha producido una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier territorio sometido a su jurisdicción”.

Si bien ciertos tratados no contienen disposiciones expresas sobre esta obligación¹⁰⁴, la jurisprudencia internacional ha concluido que, en virtud del deber de garantía consagrado en los tratados de derechos humanos y de los principios generales del derecho, estos tratados imponen la obligación de investigar. Así, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar está

México, Serie C No. 205, párr. 388; y Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Serie C No. 274, párr. 178.

102 Dictamen de 27 de octubre 1995, Comunicación Nº 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista*, (Colombia), párr. 8.6.

103 Decisión de 23 de noviembre de 1989, Comunicaciones Nos. 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), párr. 7.2.

104 Como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

inherentemente contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ha indicado que “[l]a falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto¹⁰⁵”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados Parte a la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos¹⁰⁶. Asimismo, la Corte ha precisado que “[l]a obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención¹⁰⁷”.

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad establece, en el Principio 19, que:

*“Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente[...]*¹⁰⁸”.

La obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos está consagrada expresamente en numerosos tratados¹⁰⁹ y otros

105 Documento de Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta*, párr. 15

106 Ver, *inter alia*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C No. 7; Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Serie C No. 8; Sentencia de 8 de diciembre de 1995, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Serie C No. 22; Sentencia de 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Serie C No. 28; Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Serie C No. 34; Sentencia de 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C No. 35; y Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Nicholas Blake vs. Guatemala*, Serie C No. 36.

107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Serie C No. 274, párrafo 177.

108 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de Febrero de 2005.

109 Así, cabe destacar: artículos 12 y 13 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; artículo 12 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; artículo 16 (5) de la *Convención sobre los derechos*

instrumentos internacionales de derechos humanos¹¹⁰. Si bien ciertos tratados no contienen disposiciones expresas sobre esta obligación¹¹¹, la jurisprudencia internacional ha concluido que, en virtud del deber de garantía consagrado en los tratados de derechos humanos y de los principios generales del derecho, estos tratados imponen la obligación de investigar¹¹². Respecto de las graves violaciones de

de las Personas con Discapacidad; artículo 4, 6 y 8 del *Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*; artículo 8 de la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; artículo 7 (b) de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*; y artículos I y IV de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

110 Así, cabe destacar: los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad* (principio 1); los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (artículo 3.b); el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (principio 19); la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* (artículo 9.5); la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (artículo 4); la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 13); los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*; los *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*; el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (principio 34); las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Regla 57); las *Directrices sobre la función de los Fiscales*; el *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (Artículo 8); los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*; y los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (principio XXIII, 3).

111 Como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

112 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, en Serie C: No. 4; Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Serie C No. 8; Sentencia de 8 de diciembre de 1995, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Serie C No. 22; Sentencia de 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Serie C No. 28; Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Serie C No. 34; Sentencia de 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C No. 35; y Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Nicholas Blake vs. Guatemala*, Serie C No. 36.

derechos humanos –como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura, la violencia sexual–, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar ha alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*¹¹³. La investigación debe estar dirigida a establecer el crimen; las condiciones y circunstancias en que fue cometido, incluidos la preparación como los actos posteriores de encubrimiento; los motivos del crimen; y la identidad y grado de participación de todos los implicados en el crimen. Así, la investigación tiene por objeto, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y, eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales¹¹⁴”. En ese mismo

Ver igualmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio 2000, párrafo 230 e Informe N 136/99, Caso 10.488 *Ignacio Ellacuría S.J. y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999; Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto; y Comité contra la Tortura, Observación General No. 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*.

- 113 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Serie C No. 2002, párr. 59; Sentencia de 23 de noviembre de 2009, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Serie C No. 209, párr. 139; Sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y Otros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, serie C No. 219, párrafo 137; Sentencia de 25 de mayo de 2010, *Caso Chitay Nech y Otros vs. Guatemala*, párrafo 193; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154, párrafo 99; Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Serie C No. 217, párr. 197; Sentencia de 22 de septiembre de 2006, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No. 153, párr. 84; Sentencia de 8 de julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Serie C No. 110, párrafo 112; Sentencia de 24 de noviembre de 2009, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Serie C No. 148, párrafo 140; y Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221, párrafo 75.
- 114 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Serie C No. 274, párr. 178. Ver igualmente, entre otras: Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Serie C No. 205, párr. 246; Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Serie C No. 217, párr. 155; Sentencia de 26 de agosto de 2011, *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, Serie C No. 229, párr. 115; Sentencia de 31 de enero de 2006, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C No. 140, párr. 143; Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Serie C No. 237, párr. 178; y Sentencia

sentido se han pronunciado en reiteradas oportunidades el Comité de Derechos Humanos¹¹⁵ y el Comité contra la Tortura¹¹⁶.

Las condiciones de ejecución y cumplimiento de la obligación de investigar están prescritas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en textos convencionales como declarativos, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, esta obligación de investigación no puede ser ejecutada de cualquier manera. Debe ser cumplida conforme a los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacional. Los instrumentos¹¹⁷ y la jurisprudencia internacional han precisado las características que deben reunir las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos y, en particular de las ejecuciones extrajudiciales. Estas pueden sistematizarse o resumirse de la siguiente manera:

-
- de 278 de febrero de 2012, *Caso Narciso González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, Serie C No. 240, párr. 204.
- 115 Ver, inter alia: "Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Estado Plurinacional de Bolivia", CCPR/C/BOL/CO/3 de 6 de diciembre de 2013, párr. 12
- 116 Ver, inter alia: "Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Honduras", CAT/C/HND/CO/1 de 23 de junio de 2009, párr. 20.
- 117 Ver, inter alia: *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (Artículos 8 y 10); *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (Artículos IX y X); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (Artículos 12, 13 y 15); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículos 11, 12, 18 y 19); *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Principios 1 a 6); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (Artículos 13 y 16); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Principios 9-19); *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (artículo 8); *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (Principios 6, 11 y 22 a 26); *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* (Principios 7, 23, 33 y 34); *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* (Reglas 56 y 57); *Directrices sobre la Función de los Fiscales* (Directrices 11 a 16); *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Protocolo de Minnesota); y *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul).

- a. Las investigaciones deben realizarse *ex officio*, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal, siempre que haya motivos razonables para creer que el hecho existió.
- b. Las investigaciones deben emprenderse prontamente y realizarse dentro de un plazo razonable.
- c. Las investigaciones deben ser exhaustivas, esto es deben estar efectivamente enderezadas al establecimiento de los hechos y circunstancias en que se cometieron y la identificación y responsabilidad de todas las personas implicadas (autores, partícipes, cadena de mando o encubridores).
- d. Las investigaciones deben ser independientes, tanto objetiva como subjetivamente y los funcionarios a cargo de ellas deben ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan y no tener una relación de subordinación o dependencia jerárquica o funcional con estos.
- e. Las investigaciones deben ser imparciales (aspecto objetivo– aspecto subjetivo).
- f. Las investigaciones deben ser efectivas y los funcionarios a cargo de ellas deben estar investidos de las facultades necesarias para realizarlas y obtener toda la información necesaria para la investigación, incluso acceder a lugares y a documentos bajo reservas legales, convocar testigos y posibles autores y copartícipes.
- g. Las investigaciones no pueden recurrir a métodos prohibidos, como la tortura y malos tratos, amenazas de muerte o técnicas de interrogatorios prohibidos por el Derecho Internacional.
- h. Las víctimas y/o sus familiares deben tener derecho a presentar denuncias y pruebas, intervenir en la investigación o ser informados de los avances y resultados de esta y tener conocimiento de ciertos actos (autopsias, dictámenes legistas, exhumaciones).
- i. Durante la investigación, las autoridades deben adoptar medidas de protección y salvaguarda de integridad de los participantes en ella (víctimas, sus familiares, denunciante, sus representantes o apoderados, peritos y demás intervinientes) así como suspender de toda función oficial a los presuntos autores durante la

investigación o tomar medidas para que estos no influyan en el curso de las investigaciones.

B. Prohibición de la aplicación del beneficio de la amnistía para los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional

Las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra no pueden ser objeto de amnistías, indultos o medidas similares que impidan investigar estos crímenes y/o que exoneren a los autores y demás partícipes de estos crímenes de su responsabilidad penal. Ello ha sido reiteradamente declarado, entre otros, por la Comisión¹¹⁸ y la Corte¹¹⁹ Interamericana

118 Ver entre otros: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996; Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 50; Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 42; Informe N 136/99, Caso 10.488 *Ignacio Ellacuría S.J. y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999, párrafo 200; Informe N° 1/99, Caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros* (El Salvador), 27 de enero de 1999, párrafo 107; informe N° 26/92, caso 10.287 *masacre de las Hojas* (el Salvador), 24 de septiembre de 1992, párrafo 6; Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), de 2 de octubre de 1992; Informe No. 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), de 2 de octubre de 1992; Informe No. 8/00 de 24 de febrero de 2000, Caso 11.378. Haití; y "Pronunciamiento sobre el Deber del Estado Haitiano de Investigar las Graves Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el régimen de Jean-Claude Duvalier", de 17 de mayo de 2011.

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs. Perú*, Serie C No. 75, párr. 41. Ver *inter alia*: Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Serie C No. 92; Sentencia de 29 de agosto de 2002, *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, Serie C No. 95; Sentencia de 1 de julio de 2006, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Serie C No. 148; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Serie C No. 154; Sentencia de 26 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Serie C No. 162; Sentencia de 22 de septiembre de 2002, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Serie C No. 202; Sentencia de 24 de noviembre de 2009, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Serie C No. 211; Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Serie C No. 217; Sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Serie C No. 219; Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221; y Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños, vs. El Salvador*, Serie C No. 252.

de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos¹²⁰, el Comité Contra la Tortura¹²¹, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹²², el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹²³, el Tribunal Especial para Sierra Leona¹²⁴ y las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Procesamiento de Delitos Cometidos durante el Régimen de la Campuchea Democrática¹²⁵. Esta regla fundamental del Derecho Internacional ha sido igualmente reconocida en diversos instrumentos internacionales, declaraciones o principios:

- La *Declaración y Programa de Acción de Viena*, adoptado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena bajo auspicios de las Naciones Unidas en junio de 1993, párrafo 60: "los gobiernos deben derogar la legislación que

120 Ver entre otros: *Observación General No. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto; Observación general No. 20 (44) sobre el artículo 7*; y Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a *Argentina* (CCPR/C/79/Add.46;A/50/40, párrafo 144 y CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9); Líbano (CCPR/C/79/Add.78, párrafo 12), Níger (CCPR/C/79/Add.17, de 29 de abril de 1993, párrafo 7), Perú (CCPR/CO/70/PER, párrafo 9), Senegal (CCPR/C/79/Add.10, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 5), República del Congo (CCPR/C/79/Add.118, de 27 de marzo de 2000, párrafo 12), República de Croacia (CCPR/CO/71/HRV, párrafo 11), Uruguay (CCPR/C/79/Add.19 párrafos 7 y 11; CCPR/C/79/Add.90) y Yemen (Documento de las Naciones Unidas A/50/40, párrafos 242 - 265).

121 Ver entre otros: *Observación General No. 2 Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, párrafo 5 y siguientes; decisión de 23 de noviembre de 1989 Comunicaciones N°. 1/1988, 2/1988 y 3/1988, Argentina, párrafo 9; Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Azerbaiján", párrafos 68 y 69; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Perú", de 15 de noviembre de 1999, párrafo 59, documento de las Naciones Unidas A/55/44; "Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Kirguzstán", párrafos 74 y 75, en documento de las Naciones Unidas A/55/44 de 17 de noviembre de 1999; y "Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Senegal" documento de las Naciones Unidas A/51/44 de 9 de julio de 1996, párrafo 102-119.

122 Ver por ejemplo, la Resolución No. 1120 (1997), *Croacia*, de 14 de julio de 1997 y la Resolución No. 1315 (2000), *Sierra Leona*, de 14 de agosto de 2000.

123 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal vs. Anto Furundzija*, Caso IT-95-17/1-T 10.

124 Sentencia sobre excepciones preliminares, de 25 de mayo de 2004, Asunto *Procurador c. Moinina Fofana*, Caso No. SCSL-2004-14-AR72; Decisión de 25 de mayo de 2004, *Case of Prosecutor v. Gbao*, No. SCSL-04-15-PT-141; Sentencia de 2 de marzo de 2009, *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, No. SCSL-04-15-T; y Sentencia de 8 de abril de 2009, *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, No. SCSL-04-15-T.

125 Sala Extraordinaria de las Cortes de Camboya, Decisión de 11 de abril de 2001, Caso No. 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75).

favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley”;

- Los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, Principio 19; “[e]n ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará impunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”;
- La *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 18: “[l]os autores o presuntos autores de actos [constitutivos del crimen de desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”;
- El *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Principio 22 que estableció el compromiso de los Estados de incorporar “[...]garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in ídem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre “arrepentidos”, la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella”;
- El *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, artículo 10: “[l]a amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos del 2 al 4 del presente Estatuto [crímenes contra la humanidad, infracciones al artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y al Protocolo II de los Convenios de Ginebra y otras graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario] no constituirá un impedimento para el procesamiento”;
- La *Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Procesamiento de Delitos Cometidos durante el Régimen de la Campuchea Democrática*, adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, excluye la amnistía y el indulto para los delitos de homicidio, tortura y persecución religiosa,

genocidio, crímenes de lesa humanidad, violaciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, destrucción de bienes culturales durante conflictos armados y crímenes contra personas internacionalmente protegidas de conformidad con la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas¹²⁶;

- El artículo 16 “Amnistía” del *Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano*¹²⁷ prescribe que “[e]l Gobierno se compromete a no conceder amnistía a ninguna persona por ningún delito que entre dentro de la competencia del Tribunal Especial. La amnistía ya concedida con respecto a cualquiera de esas personas o delitos no constituirá un impedimento para el procesamiento”. El artículo 6 “Amnistía” del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano¹²⁸ prescribe que “[l]a amnistía concedida a una persona por cualquier delito respecto del cual el Tribunal Especial tenga competencia no constituirá un impedimento para el procesamiento”.

Al sistematizar el desarrollo del Derecho Internacional en esta materia, el Secretario General de las Naciones Unidas señaló que “los acuerdos respaldados por las Naciones Unidas no pueden prometer nunca amnistías para genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones manifiestas de derechos humanos¹²⁹”.

C. La imprescriptibilidad de los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional

“El Derecho Internacional establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles, a saber: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de *apartheid*. El primer precedente fue la Ley No. 10, Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa Humanidad de diciembre de 1945, del Consejo Aliado de Control, que prohibió la aplicación de la prescripción para estos crímenes cometidos entre

¹²⁶ *Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Procesamiento de Delitos Cometidos durante el Régimen de la Campuchea Democrática*, 15 de enero de 2001, Artículo 40.

¹²⁷ Aprobado por la Resolución No. 1757 de 2007 del Consejo de Seguridad.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Informe sobre el régimen de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 20 de julio de 2004, párr. 10.

el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945¹³⁰". Posteriormente distintos órganos e instrumentos internacionales han confirmado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y *apartheid*. Entre ellos están: la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad (1968); la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹³¹; los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones¹³²; el Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad¹³³ y; las Normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario¹³⁴.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad estipula en su artículo primero:

"Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

"a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

130 Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, *Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y de Lesa Humanidad del 20 de diciembre de 1945*, Artículo II, 5: "En una causa o proceso instruido por uno de los delitos antes mencionados, el acusado no tendrá derecho al beneficio de la prescripción con respecto al periodo comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945, y toda inmunidad, indulto o amnistía que se hubiere otorgado durante el régimen nazista no se admitirá como un impedimento para encausar o sancionar al responsable de una violación".

131 *Ibíd.*, Artículo 29.

132 *Ibíd.* Artículo 6.

133 *Ibíd.* Principio 23 (2).

134 *Supra* Note 30, pág. 694.

"b) *Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos*".

La Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, de 1974, establece en su Artículo 1 lo siguiente:

"Todo Estado contratante se compromete a tomar las medidas necesarias para que la prescripción sea inaplicable a la persecución de las infracciones siguientes y a la ejecución de las penas previstas para tales infracciones, supuesto que sean punibles en su legislación nacional:

"1. *Los crímenes contra la humanidad previstos por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas;*

"2. a) *Las infracciones previstas en los artículos 30 de la Convención de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y de los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 51 de la Convención de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, de los enfermos y de los náufragos de la marina, 130 de la Convención de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra y 147 de la Convención de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personal civil en tiempo de guerra;*

b) *Todas las violaciones análogas de las leyes de guerra vigentes en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención y de las costumbres de guerra existentes en este momento, que no estén previstas por las disposiciones antes mencionadas de las Convenciones de Ginebra, cuando la infracción, considerada su especie, revista una particular*

gravedad, sea en razón de sus elementos materiales e intencionales, sea en razón de la extensión de sus consecuencias previsibles;

- "3. *Todas aquellas otras infracciones a las leyes y costumbres del derecho internacional que se establezcan en el futuro, consideradas por el Estado contratante interesado, en los términos de una declaración hecha conforme al artículo 6, como de naturaleza análoga a las previstas en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo*".

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 29, "Imprescriptibilidad", que "[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán".

Finalmente cabe señalar la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Esta reafirmó implícitamente el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. En efecto su artículo 5 establece que "[l]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable" y su artículo 8, que establece garantías para evitar que la prescripción se convierta en una fuente de impunidad, establece que tal dispositivo es "[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5", esto es al carácter imprescriptible de la desaparición forzada calificada de crimen de lesa humanidad. Durante la redacción y negociación de este tratado, "[s]e destacó el carácter imprescriptible del delito de desaparición forzosa, que constituía un crimen de lesa humanidad"¹³⁵.

El Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en referencia a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, indicó que "[é]sta Convención es de carácter simplemente declarativo, [pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera

¹³⁵ Documento de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2003/71 de 12 de febrero de 2003, párr. 43.

que sea la fecha en que se hayan cometido¹³⁶". En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar "que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella¹³⁷" y, en esa medida, un Estado no puede invocar el que no sea parte de esta Convención para no "dejar de cumplir esta norma imperativa¹³⁸".

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha concluido que la no aplicación de las leyes de prescripción a los crímenes de guerra constituye una norma del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario¹³⁹. En ese sentido, el CICR ha señalado que "[l]a práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en relación con los crímenes de guerra cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales¹⁴⁰".

Diferentes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas e instrumentos internacionales declarativos reafirman el principio de imprescriptibilidad de los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional.

La Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas No. 2583 del 15 de diciembre de 1969, Cuestión del Castigo de los criminales de Guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de Lesa Humanidad¹⁴¹ que indica:

"La investigación rigurosa de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, y la identificación, detención,

136 Documento de Naciones Unidas "Cuarto informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172.

137 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154. párr. 153.

138 *Ibid.*

139 *Supra* Note 17, pág. 694.

140 *Ibid.*

141 Documento de Naciones Unidas, Resolución 2583 de la Asamblea General, del 15 de diciembre de 1969, Cuestión del Castigo de los Criminales de Guerra y de las Personas que hayan Cometido Crímenes de Lesa Humanidad, disponible en línea en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2583\(XXIV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION%C2%A0](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2583(XXIV)&Lang=S&Area=RESOLUTION%C2%A0)

extradición y castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacional”.

Asimismo, esta resolución indica que:

“Insta a todos los Estados a quienes concierna a que adopten las medidas necesarias para la investigación rigurosa de los crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad, según se definen en el artículo I de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad”.

En 1973, al adoptar los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad¹⁴², la Asamblea General de las Naciones Unidas reafirmó implícitamente el principio de imprescriptibilidad. En efecto el Principio 1º estipula que “[l]os crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas” (subrayado añadido).

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones han reafirmado el principio en los siguientes términos: “[c]uando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional¹⁴³”.

142 Documento de Naciones Unidas, Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

143 Documento de Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Artículo 6.

Finalmente cabe destacar el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, cuyo Principio 23 estipula que: “[l]a prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles”.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha concluido que, de conformidad con la práctica estatal y el desarrollo del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, la imprescriptibilidad de crímenes de guerra es una norma del Derecho Internacional Consuetudinario, aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados internos. Así, la CICR ha sistematizado la norma consuetudinaria en los siguientes términos:

"Norma 160. Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra"¹⁴⁴.

Los tribunales penales ad-hoc o híbridos han reafirmado el principio de imprescriptibilidad para los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional, ya sea en sus respectivos estatutos o en su jurisprudencia.

En Timor Oriental, la Sección 17 del Reglamento 2000/15 de las Autoridades de Transición de las Naciones Unidas estipula que el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la tortura “no prescribirán”¹⁴⁵.

La Ley sobre el Establecimiento de Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Enjuiciamiento de Delitos Cometidos durante el Régimen de la Campuchea Democrática, de 2001, excluye la prescripción para actos de genocidio y crímenes de lesa humanidad¹⁴⁶.

Aunque el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no incorpora una expresa cláusula sobre la imprescriptibilidad, el TPIY ha indicado que una de las consecuencias de naturaleza absoluta de

144 En Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, 2007, pág. 694.

145 Documento de Naciones Unidas, Reglamento N° 2000/15 adoptado por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, UNTAET/REG/2000/15, 6 junio de 2000, Sección 17.1.

146 *Ibíd.* Artículos 4 y 5.

la prohibición de tortura es “[...] el hecho de que la tortura no puede ser prescriptible [...]”¹⁴⁷.

Aunque no es signataria ni Estado Parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad, Guatemala tiene la obligación de observar el principio de imprescriptibilidad de los más graves crímenes bajo el Derecho Internacional, en virtud del carácter de norma imperativa *-jus cogens-* de este principio.

D. Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional no son crímenes políticos

Bajo el Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra no pueden calificarse de delitos políticos, aun cuando sus autores hayan tenido motivaciones políticas o ideológicas para cometerlos. Las consecuencias previstas por el Derecho Internacional para el delito político no son aplicables a ese tipo de crímenes, especialmente en materia de extradición, refugio y asilo, así como en materia de amnistías e indultos. En efecto, los delitos políticos gozan de un régimen jurídico bajo el Derecho Internacional distinto al previsto para los crímenes internacionales. Varios instrumentos internacionales expresamente prohíben, para efecto de la extradición, considerar como delito político graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁴⁸. Mientras que respecto de las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, el Estado tiene la obligación de juzgar o de extraditar (regla *aut dedere aut judicare*), frente a los delitos políticos, no existe tal obligación y la naturaleza política de la infracción es causal para negarse a otorgar la extradición¹⁴⁹. Asimismo, el Derecho Internacional prescribe que los

147 TPIY, Sentencia del 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal vs. Furundzija*, Caso IT-95-17/1, párrs. 157.

148 Ver entre otros: artículo VII de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; artículo V de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*; artículo 13 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; y artículo 8 de la *Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas*.

149 Ver inter alia: artículo 7 del *Tratado modelo sobre la remisión del proceso en materia penal*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 45/118, de 14 diciembre de 1990); *Tratado de Montevideo sobre*

sospechosos o autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no pueden beneficiarse de los institutos del asilo y del refugio¹⁵⁰. En contraposición, la noción de “delito político” está estrechamente relacionada con la institución del refugio y el derecho de asilo. Así, varios instrumentos internacionales reconocen el derecho de asilo por la comisión de actos que constituyen delitos políticos¹⁵¹. Como lo ha subrayado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “[l]os Estados han aceptado, a través de diversas fuentes del derecho internacional, que existen limitaciones al asilo, conforme a las cuales dicha protección no puede ser concedida a personas respecto de las cuales hayan serios indicios para considerar que han cometido crímenes internacionales, tales como crímenes de lesa humanidad (concepto que incluye la desaparición forzada de personas, torturas y ejecuciones sumarias), crímenes de guerra y crímenes contra la paz¹⁵²”. Por esa razón, es necesario diferenciar claramente los delitos políticos de los crímenes bajo el Derecho Internacional. A estos efectos, varias convenciones dejan claro que los crímenes internacionales no pueden ser considerados delitos políticos y por lo tanto, recibir o gozar

Derecho Penal Internacional de 1889 (art. 23); el *Tratado sobre Extradición y Protección contra el Anarquismo*, adoptado durante la Segunda Conferencia Internacional Americana en 1902 (art. 2); la *Convención de Montevideo sobre Extradición* de 1933 (art. 3); la *Convención de Caracas sobre Asilo Territorial* de 1954 (art. 20); el *Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional* de 1939 (art. 20); la *Convención Europea sobre Extradición* de 1957 (art. 3); y la *Convención Interamericana sobre Extradición* de 1981 (art. 4).

150 Ver entre otros: artículo 1 (f) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Principio 7 de los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad; artículo 15 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; artículo 1 (2) de la Declaración sobre el Asilo Territorial; artículo 1 (5) de la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África; y Conclusión No. 17 (XXXI) «Problemas de extradición que afectan a los refugiados», adoptada por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1980). Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Recomendación “Asilo y Crímenes Internacionales” de 20 de octubre de 2000 (OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev. 16 Abril 2001).

151 La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Artículo 14), la *Carta Árabe de Derechos Humanos* (Artículo. 28), la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Artículo 22.7).

152 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Recomendación sobre el *Asilo y su relación con crímenes internacionales*, aprobada durante la sesión regular 108 de 20 de octubre de 2000.

del régimen jurídico establecido por el Derecho Internacional para los delitos políticos.

E. Los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional implican responsabilidad del superior jerárquico

La responsabilidad penal del superior jerárquico es un principio del Derecho Internacional que está consagrado por el Derecho Internacional Convencional y constituye una norma del Derecho Internacional Consuetudinario. Este principio consiste en que ante la comisión por sus subordinados de un crimen bajo el Derecho Internacional (crimen de guerra, crimen de lesa humanidad, genocidio, y crimen de *apartheid*), el superior jerárquico, civil o militar, no puede ser exonerado de responsabilidad penal cuando, ejerciendo autoridad y control efectivos sobre esos subordinados, haya sabido o haya tenido motivos para saber que el ilícito estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido, y no haya tomado las medidas necesarias para impedir su comisión, hacerlo cesar o para que sus autores fueran sancionados.

Este principio del Derecho Internacional está consagrado en varios instrumentos internacionales tales como:

El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), cuyo artículo 86 (2) establece:

- "1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.*
- "2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".*

Este principio ha sido expresamente reafirmado en los Estatutos de los tribunales internacionales o mixtos¹⁵³ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 28, lo regula de la siguiente manera:

"Responsabilidad de los jefes y otros superiores

"Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

"1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será 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, hubiere 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.*

"2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- "a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente*

¹⁵³ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Artículo 6); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 7); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (Artículo 6); Reglamento No. 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (Artículo 16); y Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (Artículo. 3).

que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

- "b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo y;*
- "c) 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".*

La naturaleza de norma consuetudinaria de este principio ha sido reafirmada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que establece en la Norma 153 aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados internos, que:

"Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables".

La jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y de Tokio¹⁵⁴, así como del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Penal Internacional han reafirmado ampliamente este principio fundamental del Derecho Penal Internacional¹⁵⁵.

154 Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia desde la Segunda Guerra Mundial. Así lo hizo, en el caso de Frick –por eutanasia practicada en hospitales y otros centros bajo su responsabilidad–, el Tribunal de Núremberg en su Sentencia del 1 de octubre de 1946. El principio fue ampliamente desarrollado por el Tribunal de Tokio en su Sentencia del 12 de noviembre de 1948, especialmente en lo relativo a la responsabilidad de los oficiales superiores por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra. Igualmente, el principio fue aplicado en las sentencias relativos a los casos *Re Yamashita* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de febrero de 1946); *Homma v. United States* (1946); *Von Leeb - "German High Command Trial"* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Núremberg, 28 de octubre de 1948); *Pohl y otros* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Núremberg, 3 de noviembre de 1947); y *List- "Hostage Trial"* (Tribunal Militar de Estados Unidos, Nuremberg, 19 de febrero de 1948).

155 Ver, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T,

Este principio no está limitado a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y crimen de *apartheid*, sino que también se aplica en materia de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de crímenes bajo el Derecho Internacional, como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada y la tortura. Así, el Principio 19 de los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* estipula que: “[l]os funcionarios superiores, oficiales u otros funcionarios públicos podrán ser considerados responsables de los actos cometidos por funcionarios sometidos a su autoridad si tuvieron una posibilidad razonable de evitar dichos actos”.

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, en su artículo 6 (1), prescribe que “[l]os Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: [...] b) Al superior que: i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento; c) El inciso b) *supra* se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar”.

El Fiscal vs. Zoran Delalic y otros (“Celibici Camp”); Sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT- 95-14-T, *El Fiscal vs. Blaskic* (“Lasva Valley”); Sentencia de 26 de febrero de 2001, Caso No. IT-95-14/2, *El Fiscal vs. Dario Kordic y Mario Cerkez* (“Lasva Valley”); Sentencia de 23 de octubre de 2001, *El Fiscal vs. Zoran Kupreskic* y otros, Caso No. IT-95-16-A; Sentencias de 30 de marzo de 2004 y de 20 de julio 2005, Caso No. IT-02-61-S, *El Fiscal vs. Miroslav Deronjic*; Sentencia de 21 de junio de 2001, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, *El Fiscal vs. Kunarac and Kovac*, Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *El Fiscal vs. Zlatko Aleksovski*; y Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *El Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura*. Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sentencia de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *El Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*. Corte Penal Internacional , Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *el Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08.

El principio 24 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley estipula que: “[l]os gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso”.

El principio 27 (b) del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad estipula que “El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito”. Finalmente cabe destacar que el Comité Contra la Tortura ha señalado que “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden eludir la culpabilidad, ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo¹⁵⁶”.

La obediencia debida, como causal de exoneración de responsabilidad penal o de justificación, no opera frente a estos crímenes y ninguna orden ni instrucción emanada de ninguna autoridad pública (civil, militar o de otro tipo) podrá invocarse para justificar la comisión de un crimen bajo el Derecho Internacional. Este principio ya ha sido reiterado por instrumentos internacionales¹⁵⁷ y la jurisprudencia

156 Documento de Naciones Unidas, *Observación General No. 2 "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes"*, CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, párr. 26.

157 Ver entre otros: *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 2 (3)); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 6); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada* (artículo 6); *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (artículo 5); *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Principio 19); *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (principio 27); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (artículo

internacional¹⁵⁸. El hecho de que el perpetrador del crimen haya actuado cumpliendo órdenes de su gobierno o de un superior no lo exime de su responsabilidad penal, pero podrá considerarse causa de reducción de la pena.

Bajo el Derecho Internacional, el hecho de que el autor de estos crímenes haya actuado como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante electo, funcionario de gobierno u otra función oficial, en ningún caso eximirá a la persona de su responsabilidad penal y no constituirá motivo para la reducción de la pena o una circunstancia atenuante¹⁵⁹.

F. Retroactividad de la ley penal nacional en los casos de los crímenes más graves bajo el Derecho Internacional

Bajo el Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, los Estados tienen la obligación de juzgar y castigar, por medio de sus jurisdicciones penales nacionales, a los autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad,

4); *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas* (artículo VIII); *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg* (Principio IV); Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; *Estatuto del TPIY* (artículo 7,4), *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (artículo 6,4); y *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículo 33).

158 Ver entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31 sobre el artículo 2 del Pacto, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso de Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú, Serie C No. 15*; Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones - 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento suplemento No. 10 (A/51/10), comentario al artículo 12 del Proyecto de Código, págs. 71 y siguientes.

159 Ver entre otros: *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg* (artículo 7); *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg* (Principios I y III); Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; *Estatuto del TPIY* (artículo 7,2); *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (artículo 6,2); *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículo 27); *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona* (artículo 6,2); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada* (artículo 16); *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (principio 27,c); y *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas* (artículo IX).

genocidio y crímenes de guerra. Esta obligación internacional implica la de tipificar en la legislación penal nacional como ilícitos penales los crímenes bajo el Derecho Internacional. Si bien varios tratados e instrumentos internacionales imponen expresamente esta obligación¹⁶⁰, ella es una consecuencia directa y lógica del carácter de *jus cogens* de la prohibición de cometer tales crímenes así como del deber de garantía de los Estados.

La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (principio de no retroactividad de la ley penal o principio de irretroactividad de la ley penal) es un principio del Derecho Penal contemporáneo y está consagrado como un derecho fundamental en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁶¹. Igualmente, este principio está consagrado por el Derecho Internacional

160 Así cabe destacar: *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (art. V); *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 3); *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (art.5); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (arts. 4 y 25); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (art. 4); *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* (art. III); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (art. 6); *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (art. 3); *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (art. 5); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 4); y *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias reiteran esta obligación* (Principio 1).

161 *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 11); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Art. 15); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 9); *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (art. 7); *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (Art. 7); *Carta Árabe de Derechos Humanos* (art. 15); y *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (art. 19); y *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (art. 49).

Humanitario¹⁶² y el Derecho Penal Internacional¹⁶³. La jurisprudencia de las cortes y órganos internacionales de derechos humanos ha ampliamente reiterado este principio y derecho¹⁶⁴. Conforme a este principio fundamental, nadie puede ser procesado y condenado por un acto u omisión que no constituía delito al momento de su comisión. El principio de no aplicación retroactiva de la ley penal es una salvaguarda esencial del Derecho Internacional, una "defensa del individuo contra la arbitrariedad¹⁶⁵", y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (*nullum crimen sine lege*).

162 Artículo 99 del *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de Guerra de 1949* (III Convenio); Artículo 67 del *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra* (IV Convenio); Artículo 75 (4,c) del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I); y Artículo 6 (2,c) del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II).

163 Véase, por ejemplo: *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (art. 22); proyecto de *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* y los informes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1993 (Suplemento No. 10 (A/48/10), p.81) y 1994 (Suplemento No. 10 (A/49/10), p.321); *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, S/25704 de 3 de mayo de 1993; TPIY, Sala de 1ª Instancia, Sentencia de 12 de noviembre de 2002, *El Procurador c. Enver Hadzihanovic y otros*, Caso No. IT-901-47-PT; y Tribunal Especial para El Líbano, Sala de apelaciones, Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, Caso STL- I I-OI/I.

164 Ver, entre otros: Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 19 de marzo 2004, *Caso David Michael Nicholas c. Australia*, Comunicación No. 1080/2002; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 18 de noviembre 2004, *De la Cruz Flores vs. Perú*, Series C No. 115, Sentencia de de 31 de agosto 2004, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Series C No. 111, Sentencia de 25 de noviembre 2005, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Series C No. 137, Sentencia de 20 de junio 2005, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Series C No. 126, y Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13 de julio de 1995, *Caso Tolstoy Miloslavsky vs. El Reino Unido*, Sentencia de 25 de mayo de 1993, *Caso Kokkinakis vs. Grecia*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, *Caso S.W. vs. El Reino Unido*, Comunicación No. 20166/92, Sentencia de 19 de septiembre de 2008, *Caso Korbely vs. Hungría*, Comunicación No 9174/02, Sentencia de 22 de marzo de 2001, *Caso Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*, Comunicaciones Nos. 34044/96, 35532/97y 44801/98, Sentencia de 22 de marzo de 2001, *Caso K.-H.W c. Alemania*, Comunicación No. 37201/, Sentencia de 12 de octubre de 2007, *Caso Jorgic vs. Alemania*, Comunicación No. 74613/01, y Sentencia de 17de mayo 2010, *Caso Kononov vs. Letonia*, Comunicación No. 36376/04.

165 "Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial" en

Conforme a este principio fundamental, nadie puede ser procesado y condenado por un acto u omisión que no constituía delito al momento de su comisión. Sin embargo, el Derecho Internacional precisa que se trata de comportamientos calificados como delictivos tanto por el derecho nacional como por el Derecho Internacional, ya sea convencional o consuetudinario. Así, las normas y estándares internacionales prescriben que nadie puede ser juzgado y sancionado por actos u omisiones que al momento en que fueron cometidos no eran ilícitos penales según la legislación nacional o el Derecho Internacional¹⁶⁶. En

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1986, Actas resumidas de las sesiones del trigésimo octavo período de sesiones 5 de mayo-11 de julio de 1986, Volumen II, Primera Parte, A/CN.4/SER.A/1986/Add. I (Parte 1), párr. 155.

166 Artículo 11 (2) de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; Artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; artículo 7 del *Convenio Europeo de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales*; artículo 99 del *Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra* de 1949 (III Convenio); artículo 67 del *Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra* (IV Convenio); artículo 75 (4,c) del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I); artículo 6 (2,c) del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II) artículo 6 (c) del *Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg*; artículo 13 del *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (1996); artículo 22 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; y artículo 12 de la *Regulación No. 2000/15* de 6 de junio de 2000, *sobre el establecimiento de paneles con jurisdicción exclusiva sobre las más serias ofensas criminales*, de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET).

ese orden de ideas, las normas¹⁶⁷ y jurisprudencia¹⁶⁸ internacionales prescriben claramente que la aplicación retroactiva de la ley penal nacional a hechos que, aun cuando no eran ilícitos bajo la legislación nacional, constituían crímenes bajo el Derecho Internacional al momento de su comisión, no viola los principios de legalidad de los delitos y de irretroactividad de la ley penal.

¹⁶⁷ Ver, inter alia: *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg* (Principios I y II); Artículo 11 (2) de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; artículo 15 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; artículo 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; artículo 7 del *Convenio Europeo de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales*; artículo 99 del *Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra de 1949* (III Convenio); artículo 67 del *Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra* (IV Convenio); artículo 75 (4,c) del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I); artículo 6 (2,c) del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II) artículo 6 (c) del *Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg*; artículo 13 del *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (1996); artículo 22 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*; y artículo 12 de la Regulación No. 2000/15 de 6 de junio de 2000, *sobre el establecimiento de paneles con jurisdicción exclusiva sobre las más serias ofensas criminales*, de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET).

¹⁶⁸ Ver, inter alia: Comité de Derechos Humanos (Dictamen de 31 de julio de 2003, caso *Klaus Dieter Baumgarten c. Alemania*, Comunicación No. 960/2000) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154; y Sentencia de 24 de febrero de 2011, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221); Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe No.133/99, Caso 11.725, *Carmelo Soria Espinoza* (Chile), 19 de noviembre de 1999); Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de marzo de 2001, *Caso Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania*, Comunicaciones Nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98; Decisión de no admisibilidad de 17 de enero de 2006, caso *Kolk y Kislyiy c. Estonia*, Comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04; y Sentencia de 17de mayo 2010, caso *Kononov c. Letonia*, Comunicación No. 36376/04); TPIY (Sala de 1ª Instancia (II), Decisión sobre excepciones preliminares de 26 de mayo de 2004, *El Fiscal vs. Vojislav Seselj*, caso No. T-03-67-PT; Sala de 1ª Instancia, Decisión de 12 de noviembre de 2002, *El Fiscal vs. Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura*, caso No. IT-01-47-PT; y Sala de 1ª instancia, Decisión de 14 de septiembre de 2005, *El Fiscal vs. Rahim Ademi y Mirko Norac*, caso No. IT-04-78-PT); y el Tribunal Especial para El Líbano (Sala de Apelaciones, Decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, caso STL- I I-OI/I; y Sala de Apelaciones, Decisión de 31 de mayo de 2004, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, caso SCSL-2003-14-AR72 (E)).

CAPÍTULO II: Incorporación de los delitos más graves bajo el Derecho Internacional en el Código Penal guatemalteco

Los delitos de trascendencia internacional, que se encuentran regulados en el Capítulo IV del Código Penal, deben ser distinguidos de los delitos comunes. Los primeros constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional y se enmarcan dentro de un régimen jurídico especial regulado tanto por normas convencionales, como consuetudinarias del Derecho Internacional. Los segundos son comportamientos que se considera que transgreden normas de convivencia social y por lo tanto se considera que el Estado debe perseguirlos y castigarlos, por tratarse de conductas que afectan la convivencia pacífica de los pueblos.

Como veremos más adelante, el artículo 378 del Código Penal es una “norma penal en blanco” porque se refiere a conductas que violan deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o cualquier acto inhumano contra población civil o contra hospitales o lugares destinados a heridos. Ello implica que nos refiere a conceptos generales que nos obliga a aclararlos. En tal sentido, debemos aclarar a qué convenios se refiere dicho tipo penal y cuál es el concepto de deberes humanitarios. A su vez, este último concepto nos lleva necesariamente al estudio y análisis del derecho consuetudinario.

1. Obligaciones internacionales para el Estado de Guatemala, provenientes del Derecho Internacional Humanitario

Guatemala ha firmado diversos tratados o convenios internacionales relacionados con la regulación de estados de guerra o de conflictos armados¹⁶⁹. Sin embargo, la primera regulación para conflictos de carácter no internacional se dio a través del artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos Convenios han tenido aplicación tanto en cortes domésticas, como en cortes internacionales a nivel mundial. Hay que observar que al momento de la promulgación del Código Penal de Guatemala, la experiencia de interpretación de normas internacionales penales sobre crímenes de guerra, se limitaba

¹⁶⁹ Convenciones de La Haya de 1907 aprobadas a través del decreto número 791 de la Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala de fecha 5 de mayo de 1909.

principalmente a los juicios de los Tribunales Penales Internacionales de Núremberg y Tokio, cuando ya el Derecho Internacional Humanitario había tenido un desarrollo importante por medio de los Convenios de Ginebra. Además, encontramos consideraciones importantes relacionadas con el Derecho Internacional Humanitario en sentencias de tribunales ad-hoc, creados con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de Guatemala.

Es importante aclarar que el Derecho Internacional Humanitario comprende no solamente lo establecido en los Convenios suscritos por el Estado de Guatemala, sino también las prácticas que constituyen derecho consuetudinario¹⁷⁰. Según se ha establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el contenido de los Convenios "sólo constituyen el régimen normativo más elemental. La práctica de los Estados trasciende lo que esos mismos Estados han aceptado en conferencias diplomáticas, ya que la mayoría de ellos coinciden en que la esencia de las normas consuetudinarias sobre la conducción de hostilidades se aplica a todos los conflictos armados, internacionales y no internacionales¹⁷¹". Como se verá más adelante, el reconocimiento y la obligación de respetar el derecho consuetudinario internacional, es parte del sistema jurídico guatemalteco.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establecen para Guatemala la obligación de adoptar en su sistema doméstico "todas las oportunas medidas legislativas necesarias para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves¹⁷²". En cuanto al Protocolo I, el artículo 86,1 tiene similar alcance, pero distinta redacción: "las Altas Partes Contratantes y las Partes en Conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar". Los cuatro Convenios de Ginebra están constituidos por:

170 Las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario han sido recopiladas por el Comité Internacional de la Cruz Roja en el estudio, *El derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* realizado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, Primera edición, octubre de 2007.

171 Supra Note 140, pág. XII.

172 Ver, Convenios de Ginebra de 1949, Convenio I (Art. 49), Convenio II (Art. 50), Convenio III (Art. 129), Convenio IV Art. (146).

- I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas Armadas en campaña.
- II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Además, posteriormente fueron aprobados los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra¹⁷³, según se trate del régimen de protección en conflictos armados internacionales o internos, respectivamente.

La protección a las personas en casos de conflictos armados internos está básicamente regulada en el artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra. Por tal razón, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha caracterizado este artículo como un “mini convenio dentro de los Convenios, ya que contiene las normas esenciales de los Convenios de Ginebra en un formato condensado y las hace aplicables a los conflictos sin carácter internacional¹⁷⁴” y, como lo ha precisado la Corte Internacional de Justicia, constituye la norma mínima aplicable a todo tipo de conflicto armado¹⁷⁵. Este artículo no proporciona una definición precisa de qué es un conflicto armado interno, pero ésta puede encontrarse en el Protocolo II¹⁷⁶ que en la parte conducente establece:

173 Ratificado por Guatemala el 19 de octubre de 1987.

174 CICR “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, en <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

175 Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 27 de junio de 1986, Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste (Nicaragua vs. Los Estados Unidos de América)*, párr. 218.

176 Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, Art. 1.

"El presente Protocolo, [...] se aplicará a todos los conflictos armados [no internacionales] [...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".

Asimismo, el artículo 1 (2) del Protocolo II define qué tipo de situación de violencia no puede ser considerada un conflicto armado interno. En efecto esta norma (así como el artículo 8,2,c del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) precisa que no constituyen conflictos armados internos "las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos".

De acuerdo con la CICR se pueden extraer los siguientes elementos de la definición:

"a) el conflicto debe tener lugar dentro del territorio de un Estado [...] b) el conflicto se lleva a cabo entre fuerzas armadas regulares del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; c) tales fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, deben estar bajo la dirección de un mando responsable y; d) dichas fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados deben, además, ejercer sobre una parte del territorio en cuestión un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el derecho humanitario contenido en el Protocolo II, de 1977¹⁷⁷".

El CICR señala 5 elementos ("criterios objetivos")¹⁷⁸ que permiten caracterizar una situación de conflicto armado interno: i) "Las partes que se enfrentan", esto es "la índole colectiva del enfrentamiento, que no puede ser el hecho de individuos aislados sin coordinación"; ii) "El mando responsable", lo que implica una "organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una

177 Comité Internacional de la Cruz Roja "Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales", en <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

178 Para conocer la propia interpretación del CICR – como fuente autorizada de interpretación de los Convenios de Ginebra y sus protocolos, ver el Comentario del CICR sobre el Protocolo II en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#2>.

autoridad de hecho"; iii) *"El control de una parte del territorio", esto es que " los grupos armados de la oposición ejerzan, sobre una parte del territorio de la Alta Parte Contratante, un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo"; iv) "El carácter sostenido y concertado de las operaciones militares" y; v) "La capacidad de aplicar el Protocolo".*

Con respecto al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, es importante señalar lo siguiente:

- Los requerimientos del Protocolo II son más rigurosos que los del artículo 3 Común, de tal suerte que situaciones que podrían ser consideradas conflicto armado interno bajo el artículo 3 Común, no lo serían bajo el Protocolo II. El CICR ha señalado al respecto que "en las situaciones en que se cumplen las condiciones de aplicación del Protocolo, se aplicarán simultáneamente el Protocolo y el artículo 3 Común, ya que el ámbito de aplicación del Protocolo está comprendido en él, más amplio, del artículo 3 Común. En cambio, en un conflicto de poca intensidad en el que la lucha no presenta las características requeridas por el Protocolo, se aplicará solamente el artículo 3 Común [...] En efecto, el artículo 3 Común conserva una existencia autónoma, es decir, que su aplicabilidad no está restringida ni condicionada por el ámbito de aplicación material del Protocolo. Esta fórmula, jurídicamente algo compleja, tiene la ventaja de proporcionar una garantía contra toda regresión de la protección conferida, desde hace mucho tiempo, por el artículo 3 Común¹⁷⁹".
- Que el carácter de conflicto armado interno no está condicionado al reconocimiento por las Partes de la existencia de tal conflicto, sino que depende de que se reúnan los criterio objetivos materiales que caracterizan tal tipo de conflicto¹⁸⁰. "Así, de acuerdo con el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II, las normas del derecho internacional humanitario se aplican a toda situación de conflicto armado interno a partir del momento en que se reúnan de facto los elementos objetivos y materiales que lo caracterizan, independientemente de si las partes reconocen o no la existencia de tal conflicto. Como lo ha señalado el CICR, "el principio de la aplicabilidad automática se funda en exigencias humanitarias, porque la puesta en práctica de las normas de

¹⁷⁹ Comentario del CICR del Artículo 1 del Protocolo II, párrafo 4457, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#2>.

¹⁸⁰ Ibid, pàrr. 4459

protección de las víctimas no debe depender de una apreciación subjetiva de las partes¹⁸¹”.

En cuanto a la definición de “conflicto armado interno” contenida en el Protocolo II, se ha considerado que ésta posee un carácter restrictivo; principalmente en cuanto a los requerimientos de control territorial que se establece para el reconocimiento de los grupos disidentes, armados u organizados. Según el CICR, el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha marcado los parámetros para determinar la existencia de un conflicto armado interno. Basado en ello, el CICR elaboró la siguiente definición:

“Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima¹⁸²”.

Las infracciones que generan responsabilidad penal individual que permiten realizar el enjuiciamiento por violación al Derecho Internacional Humanitario son conocidas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I como “infracciones graves”. Las infracciones graves están contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I y se encontraban restringidas únicamente a los conflictos armados de carácter internacional¹⁸³. Sin embargo, la jurisprudencia desarrollada por los tribunales internacionales y el desarrollo del Derecho Penal Internacional (a través de los Estatutos de los tribunales internacionales), han establecido que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidas dentro de un conflicto armado interno, constituyen asimismo graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es decir, crímenes de guerra¹⁸⁴.

181 Ibid, párr. 4438.

182 Comité Internacional de la Cruz Roja Documento de opinión, *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?* marzo de 2008, Págs. 3 y 4 Disponible en línea en: www.icrc.org/.../opinion-paper-armed-conflict-es.

183 Thomas Graditzky, “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional” Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 145, Marzo 1998 disponible en línea en www.icrc.org/spa/resources/.../misc/5tdlkb.htm

184 Ver inter alia: TPIY, Sentencia sobre excepciones preliminares del 2 de octubre de 1995 *El Fiscal vs. Tadic*, Caso No.IT-94-1, párrs. 134 y 135 y Sentencia

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que: "el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal para las violaciones graves al artículo 3 Común, completado por otros principios y normas generales sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y para los ataques contra algunos principios y normas fundamentales relativas a los medios y métodos de combate en los conflictos civiles. [...]La idea de que las violaciones graves al derecho internacional humanitario que regula los conflictos armados internos conllevan la responsabilidad penal individual se justifica también plenamente desde el punto de vista básico de la justicia y de la equidad¹⁸⁵".

En ese sentido cabe destacar que el Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe al Consejo de Seguridad sobre la creación del Tribunal Especial para Sierra Leona, destacó que "[l]as infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del artículo 4 del Protocolo Adicional II de dichos convenios cometidas en un conflicto armado de carácter no internacional se consideran desde hace tiempo punibles con arreglo al derecho internacional consuetudinario y, en particular, desde el establecimiento de los dos Tribunales Internacionales se ha reconocido que, con arreglo a la costumbre, entrañan la responsabilidad penal individual del acusado¹⁸⁶".

de 20 de febrero de 2001, *El Fiscal vs. Mucic y otros - "Campo de Celebici"*, Caso No. IT-96-21, párr. 173; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resoluciones Nos. 794 (1992), de 3 de diciembre de 1992, y 814 (1993), de 26 de marzo de 1993, sobre Somalia; *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, artículo 4 (graves violaciones del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra); *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, artículo 8, párrafo 2º, letras c), d), e) y f); *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, artículo 3 (infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios) y artículo 4 (Otras infracciones graves del derecho internacional humanitario); Reglamento N° 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, UNTAET/REG/2000/15, 6 junio de 2000, Sección 6,1, c (graves violaciones al Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra); y Norma No. 156 del Derecho internacional humanitario consuetudinario (en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, pág. 643).

185 Sentencia sobre excepciones preliminares (competencia) de 2 de octubre de 1995, *El Fiscal vs. Tadić*, Caso No. IT-94-1 ("Prijetedor"), párrs. 134 y 135 (Original en francés, traducción libre).

186 *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona*, documento de las Naciones Unidas S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, párr. 14.

Con respecto a las “graves violaciones”, la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Humanitario trascienden las limitaciones que puedan existir para definir el carácter internacional o no internacional del conflicto armado; esto tiene como efecto, ampliar la protección de la población civil. Como bien lo señaló el TPIY: “[l]o que es inhumano y, por ende, está prohibido en los conflictos internacionales no puede considerarse humano y admisible en los conflictos de civiles¹⁸⁷”. Así, el Derecho Internacional califica de crímenes de guerra las siguientes graves infracciones al artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y su Protocolo II¹⁸⁸: los actos de violencia contra la vida, la salud o la integridad física, en particular el homicidio, los tratos crueles, la tortura, las mutilaciones y otras formas de castigo corporal; los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; los castigos colectivos; la toma de rehenes; la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual; el pillaje o saqueo; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto a tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; el desplazamiento forzado e ilegal de población; el reclutamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; y las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. Al respecto, como lo ha señalado el TPIY¹⁸⁹, resulta

187 Sala de apelación, Sentencia de 2 de octubre de 1995, *El Fiscal vs. Dusko Tadic*, Caso IT-94-1 (“Prijetedor”), párr. 119 (original en francés, traducción libre).

188 Ver inter alia: *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, artículo 4 (graves violaciones del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra); *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, artículo 8, párrafo 2º, letras c), d), e) y f); *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, artículo 3 (infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios) y artículo 4 (Otras infracciones graves del derecho internacional humanitario); Reglamento N° 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, UNTAET/REG/2000/15, 6 junio de 2000, Sección 6,1, c (graves violaciones al Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra); y Norma No. 156 del Derecho internacional humanitario consuetudinario (en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, pág. 643).

189 Ver, inter alia: TPIY, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal vs. Furindzija*, Caso IT-95-17/1-T, párr. 137; Decisión (sala de apelación) de 11 de marzo de 2005, y decisión de 26 de septiembre de 2003 (Sala de 1ª Instancia), *El Fiscal vs. Hadzihasanovic y Kubura*, Caso IT-01-47-T; y Sentencia de 30 de junio de 2006, *El Fiscal vs. Oric*, Caso IT-03-68-T, párr. 261.

de gran importancia recordar que este tratamiento como crímenes (ya sea de guerra o de lesa humanidad) de estos comportamientos dimana de la Cláusula Martens, toda vez que la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios del derecho de gentes y de humanidad, y de las exigencias de la conciencia pública¹⁹⁰. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra plasma reglas que responden a “consideraciones elementales de humanidad” y que constituyen “normas mínimas” aplicables a todos los conflictos armados, ya sea de naturaleza internacional o de carácter interno¹⁹¹.

2. Obligaciones internacionales para el Estado de Guatemala provenientes del Derecho Internacional de Derechos Humanos

Tanto los Tratados como el Derecho Internacional Consuetudinario imponen obligaciones internacionales a los Estados. En materia de obligaciones convencionales de derechos humanos, Guatemala es Estado parte tanto de los Tratados de las Naciones Unidas¹⁹² como de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁹³. En el sistema de las Naciones Unidas (igualmente llamado Sistema Universal), la supervisión del cumplimiento de las obligaciones impuestas por cada tratado es ejercida por el respectivo órgano de tratado (Comité)¹⁹⁴.

190 Convención de La Haya (II) de 1899; Convenios de Ginebra I (art. 63), II (art. 62), III (art. 142) y IV (art. 154); Protocolo I (Artículo 1,2); y Protocolo II (párrafo 4 del Preámbulo).

191 Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 27 de junio de 1986, Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste (Nicaragua vs. Estados Unidos de América)*, párr. 218.

192 Guatemala es Estado parte, entre otros, de: la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer*; y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*.

193 Guatemala es Estado parte, entre otros, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*; y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

194 Con salvedad de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la cual no instauró un órgano de tratado para la supervisión del cumplimiento de las obligaciones.

En cuanto a los tratados de la OEA, la supervisión es ejercida por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos¹⁹⁵ (igualmente llamado Sistema Interamericano).

Algunos tratados imponen expresamente la obligación de juzgar y sancionar crímenes bajo el derecho internacional¹⁹⁶. Así, por ejemplo, un tratado que impone expresamente obligaciones relativas a la persecución penal de crímenes cometidos durante el conflicto armado en Guatemala, es la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Así, el artículo V de dicha Convención establece:

"Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, 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 o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III".

El artículo IV de la misma Convención establece que las personas que cometan genocidio y otros actos castigados por ese tratado deben ser castigados. Como se ve, existen obligaciones para el Estado de adoptar "medidas legislativas necesarias" y "establecer sanciones penales eficaces" para dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por Guatemala.

Otros tratados¹⁹⁷ no imponen expresamente esa obligación. Sin embargo, la jurisprudencia internacional es unánime en considerar que

195 En el caso de la Comisión, ésta tiene competencia general en virtud de la Carta de la OEA y competencia automática, en virtud de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En cuanto a la Corte, sólo puede ejercer su competencia con relación al Estado si éste ha reconocido la competencia de la Corte para conocer de casos por violación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

196 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 para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer*; la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*; y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*

197 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

la obligación de juzgar y sancionar a los autores y demás partícipes de crímenes bajo el Derecho Internacional dimana de estos tratados y es inherente al deber de garantía consagrado en los tratados de derechos humanos, como así de los principios generales del derecho. Así, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha recordado que “[...] el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados¹⁹⁸”. El Comité ha recordado esta obligación a numerosos Estados Partes del Pacto¹⁹⁹ y ha señalado que, ante las graves violaciones de derechos humanos, “los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia²⁰⁰”. Asimismo esta obligación está implícitamente consagrada en el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que: “[n]ada 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 de derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Del Pacto se deriva asimismo la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos. Así lo ha reafirmado el Comité de Derechos Humanos al señalar que la obligación de investigar dimana de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos,

198 Dictamen de 27 de octubre 1995, Comunicación Nº 563/1993, Caso *Nydia Erika Bautista*, (Colombia), párr. 8,6.

199 Ver, inter alia, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Guatemala*, CCPR/CO/72/GTM, de 27 de agosto de 2001, párr. 12; *Uruguay*, CCPR/C/79/Add. 19, de 5 de mayo de 1993 párr. 7; *Chile*, CCPR/C/79/Add. 104, de 30 de marzo de 1999, párr. 7; *Líbano*, CCPR/C/79/Add. 78, de 1 de abril de 1997, párr. 12; *El Salvador*, CCPR/C/79/Add. 34, de 18 de abril de 1994, párr. 7; *Haití*, A/50/40, de 3 de octubre de 1995, párr. 230; *Perú*, CCPR/CO/70/PER, 15 de noviembre de 2000, párr. 9; *Francia*, CCPR/C/79/Add. 80, de 4 de agosto de 1997, párr. 13; *Argentina*, CCPR/C/79/Add. 46, de 5 de abril de 1995, párr. 146 y CCPR/CO/70/ARG, de 3 de noviembre de 2000, párr. 9; *Croacia*, CCPR/CO/71/HRV, de 4 de abril de 2001, párr. 11; *Brasil*, CCPR/C/BRA/CO/2, de 1º de diciembre de 2005, párr. 12; *Honduras*, CCPR/C/HND/CO/1, de 13 de diciembre de 2006, párr. 5; *Paraguay*, CCPR/C/PRY/CO/2, de 24 de abril de 2006, párr. 12 y CCPR/C/PRY/CO/3, de 29 de abril de 2013, párr. 9; y *Surinam*, CCPR/CO/80/SUR, de 4 de mayo de 2004, párr. 7.

200 *Observación General No. 31 sobre el artículo 2 del Pacto, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, 21 de mayo de 2004, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6, párr. 18.

consagrada por el artículo 2 (1) del Pacto²⁰¹. El Comité ha precisado que existe, bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una "obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. "[L]a falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto²⁰²". El Comité ha igualmente precisado que "la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podría de por sí constituir una violación separada del Pacto²⁰³".

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Guatemala firmó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969, la ratificó en el año de 1978 y en 1987 reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este Sistema regional de protección de derechos humanos, aunque no permite la deducción de responsabilidad penal individual de los responsables de los más graves crímenes cometidos durante el conflicto armado interno, sí ha establecido el compromiso para los Estados de "limitar el ejercicio del poder y aun de su soberanía frente a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana²⁰⁴" y ha establecido los parámetros que permiten a las víctimas reclamar al Estado de Guatemala la garantía de acceder a un sistema judicial independiente que asegure la determinación de responsabilidades de los responsables en el sistema doméstico. A través de este instrumento, el Estado guatemalteco se obligó a "proteger", "respetar" y "garantizar" los derechos establecidos en la Convención.

En la jurisprudencia de la Corte IDH se reitera esta obligación del Estado a partir de la sentencia sobre el fondo del caso Velásquez Rodríguez; en ella la Corte indicó:

"[e]l Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente

201 *Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.*

202 *Observación General No. 31 sobre el artículo 2 del Pacto, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, 21 de mayo de 2004, CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6, párr. 16.

203 *Idem*, párr. 18.

204 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 1/96, Caso No. 10.559, *Chumbivilcas vs. Perú*, 1 de marzo de 1996, párr. 1(c) 1 de las Consideraciones.

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 reparación²⁰⁵".

La jurisprudencia interamericana ha reiteradamente señalado que la obligación de juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, como expresión del deber de garantía, tiene su asidero jurídico en el deber de garantía, consagrado por el artículo 1 del Pacto de San José²⁰⁶. Así, la Corte ha reiterado que los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación internacional de juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos –como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la violación sexual y la tortura²⁰⁷– así como de crímenes de lesa humanidad²⁰⁸ y crímenes de guerra²⁰⁹. La Corte ha precisado que es fundamental que los Estados

205 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)*, Serie C No. 4, párr. 174.

206 Ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C No. 4; Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Godínez Cruz vs... Honduras*, Serie C No. 8; Sentencia de 8 de diciembre de 1995, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Serie C No. 22; Sentencia de 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Serie C No. 28; Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Serie C No. 34; Sentencia de 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C No. 35; y Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Nicholas Blake vs. Guatemala*, Serie C No. 36.

207 Ver, inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C No. 7, y 34; Sentencia de 21 de julio de 1989, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Serie C No. 8, párrs. 30 y ss.; Sentencia del 8 de diciembre de 1995, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Serie C No. 22, párr. 69; Sentencia del 14 de septiembre de 1996, *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Serie C No. 28, párr. 61; Sentencia de 3 de noviembre de 1997, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Serie C No. 34, párr. 90; Sentencia de 12 de noviembre de 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Serie C No. 35, párr. 107; Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Nicholas Blake vs. Guatemala*, Serie C No. 36, párr. 97; y Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Serie C No. 216, párr. 108 y ss. .

208 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154 y Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Serie C No. 162.

209 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C No. 252 y Sentencia de 20 de noviembre de 2012, *Caso de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C No. 259.

enjuicien y castiguen efectivamente a todos sus responsables de las graves violaciones de derechos humanos, pues de lo contrario, estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar los derechos humanos²¹⁰. Asimismo, la Corte Interamericana ha declarado que las prohibiciones de la desaparición forzada, la tortura, la ejecución extrajudicial y las masacres, así como el correlativo deber del Estado de investigar estos crímenes, juzgar y sancionar a sus responsables, han alcanzado carácter de *jus cogens*²¹¹. La Corte ha señalado que ante la gravedad de determinados delitos, el Derecho Internacional Consuetudinario como las normas

210 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Serie C No. 101, párr. 154; Sentencia de 22 de septiembre de 2009, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Serie C No. 202, párr. 179; Sentencia de 23 de septiembre de 2009, *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Serie C No. 203, párr. 141; Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Serie C No. 205, párr. 189; Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Serie C No. 205, párr. 388; y Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Serie C No. 274, párr. 178.

211 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Serie C No. 69 párrs. 95, 102 y 103; Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Serie C No. 103, párr. 92; Sentencia de 8 de julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Serie C No. 110, párr. 112; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Serie C No. 119, párr. 100; Sentencia de 25 de noviembre de 2005, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Serie C No. 137, párr. 222; Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Serie C No. 114, párr. 143; Sentencia de 6 de abril de 2006, *Caso Baldeón García vs. Perú*, Serie C No. 147, párr. 147; Sentencia de 22 de septiembre de 2006, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No. 153, párr. 84; Sentencia de 25 de noviembre de 2006, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C No. 160, párr. 271; Sentencia de 29 de noviembre de 2006, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Serie C No. 162, párr. 157; Sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Serie C No. 163, párr. 132; Sentencia de 25 de mayo de 2010, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Serie C No. 212, párr. 86; Sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Serie C No. 219, párr.105; Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Serie C No. 217, párr. 61; Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221, párr. 75; Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C No. 252, párr. 147; Sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, Serie C No. 274, párr. 112;

convencionales establecen el deber de juzgar a sus responsables²¹²". Además, ha reiterado que "la comisión de crímenes de lesa humanidad ejecutados en un contexto de ataque sistemático o generalizado contra sectores de la población civil, [es] violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. [Y que] dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general²¹³".

3. Obligaciones provenientes del Derecho Internacional Consuetudinario

La codificación del Derecho Consuetudinario se da, entre otros, a través del Convenio IV de La Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, en el que se especificó una fórmula para prever que los vacíos del Convenio no fueran subsanados mediante procedimientos arbitrarios de los ejércitos. En este sentido el Convenio hace un llamado a ajustarse al derecho de las naciones:

"Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública²¹⁴".

La importancia para el Derecho Internacional de incorporar esta cláusula en una Convención (conocida como Cláusula Martens), ha sido objeto de múltiples interpretaciones de los tribunales internacionales, desde el reconocimiento del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario²¹⁵, hasta el reconocimiento de lo que hoy día se

212 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No. 153, párr. 128.

213 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Serie C No.164, párr. 402. En el mismo sentido: Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154, párr. 99.

214 Preámbulo del IV Convenio de La Haya 1907.

215 Ver, Ticehurst, Rupert, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, de 31 de marzo de 1997,

conoce como crímenes de lesa humanidad; de acuerdo con Antonio Cançado Trindade, su importancia estriba en lo siguiente:

"Su propósito era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba 'los principios del derecho de gentes' derivados de 'los usos establecidos', así como 'las leyes de humanidad' y 'las exigencias de la conciencia pública'²¹⁶".

A los efectos del artículo 378 del Código guatemalteco, la cuestión de la Cláusula Martens es fundamental. La Cláusula Martens no sólo está al origen del concepto de lesa humanidad, sino también del desarrollo de aquellos crímenes de guerra que tienen como objeto proteger a los civiles y a la población civil y, muy particularmente, en los conflictos armados internos.

En otras palabras, conocer la Cláusula Martens es necesario para la interpretación del artículo 378 del Código de Guatemala; no sólo es parte del Derecho Internacional Consuetudinario, sino también lo es del DIH. No huelga recordar que la Cláusula Martens aparece por primera vez en el preámbulo de la Convención de La Haya (II) de 1899 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; está incluida en los Convenios de Ginebra –I (art. 63); II (art. 62); III (art. 142); y IV (art. 154–; y en el Protocolo I (Artículo 1,2) y en el Protocolo II (preámbulo, párr. 4). El TPIY ha recurrido a ella (Decisión de 8 de marzo de 1996, *El Fiscal vs. Milan Martić*, Caso IT-95-11, Sentencia de 14 de enero de 2000. La Corte Internacional de Justicia ha precisado que la Cláusula Martens es una norma vigente del derecho consuetudinario que tiene existencia propia y autónoma de los instrumentos internacionales que la han plasmado²¹⁷.

A través del Decreto Número 791 del 29 de abril de 1909, Guatemala aprobó las Convenciones suscritas en el Segundo Congreso de La Haya el 18 de octubre de 1907. La Cláusula Martens es igualmente importante para Guatemala, ya que no solo significa el reconocimiento del Derecho Consuetudinario, sino que a través de ella se declara expresamente

disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

216 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de abril de 2004, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Fondo)*, Serie C No. 105, Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 12.

217 Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares*, párr. 87.

el compromiso de las naciones de vigilar el respeto y protección de las personas, que aunque no consten expresamente como normas positivas plasmadas en instrumentos internacionales, sí forman parte de prácticas comunes de respeto a normas fundamentales²¹⁸.

La práctica generalizada requiere a su vez la configuración de determinados elementos. Se reconocen como fuentes para constatar la existencia de tal práctica: las decisiones judiciales, las declaraciones estatales, la práctica de los órganos legislativos, trabajos académicos realizados por juriconsultos, documentos diplomáticos, comunicados de prensa de los Estados, manuales oficiales sobre asuntos legales, actos documentados sobre los "usos" de naciones específicas, resoluciones de órganos colegiados internacionales como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, etc.

La *opinio juris*, según el Comité Internacional de la Cruz Roja, está relacionada con la necesidad de que la práctica resulte de la convicción jurídica de que responde a una norma de derecho. Es decir, que la *opinio juris* surge de la combinación del elemento material con el elemento subjetivo. Sobre las formas de constatar la relación de estos elementos, la Corte Internacional de Justicia ha marcado parámetros a través de su jurisprudencia²¹⁹. Dicha Corte ha aceptado que la prueba de esta práctica puede basarse en documentos académicos, cuando demuestran consenso; pero sus resoluciones se han sostenido principalmente en la evidencia de la práctica de los Estados, así como en la invocación de asuntos previos resueltos por ella misma o por otros tribunales internacionales²²⁰.

Del trabajo de Jordan Paust se desprenden como elementos característicos de la formación de la costumbre internacional²²¹ los siguientes:

218 *Ibid.*

219 De acuerdo con Mary Ellen Oconnell los casos de la Corte Internacional de Justicia que evidencian de mejor manera la tendencia al reconocimiento del derecho consuetudinario son: el Caso Lotus (*Francia vs. Turquía*), fallo, 7 de septiembre de 1927, PCIJ Ser. A, n.º 10; Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste* (Nicaragua vs. Estados Unidos), fondo, fallo, 27 de junio de 1986 (Ver al respecto, O'Connell, Mary Ellen; Scott, Richard F.; Roth-Arriaza, Naomi, *The International Legal System Cases and Materials*, 2010, pág. 112).

220 *Ibid* Pag. 110

221 Jordan J. Paust, "The Complex Nature, Sources and Evidence of Customary Human Rights, Georgia Journal of International & Comparative Law 147 (1995-

- a. No es necesario que exista uniformidad total de la práctica;
- b. No se basa únicamente en la práctica de los Estados, sino que incluye a otros actores que participan del proceso de su reconocimiento internacional;
- c. La costumbre es dinámica; debido a que todas las naciones participan en el proceso dinámico de formación del Derecho Consuetudinario, todas, por lo tanto, pueden incidir en cambios de una costumbre previamente establecida y;
- d. Los acuerdos internacionales pueden reflejar en todo o en parte normas de Derecho Consuetudinario.

Para el presente estudio, más que analizar los elementos que conforman la costumbre y su proceso de formación, importa determinar cómo ésta encaja dentro del sistema jurídico guatemalteco, que ha sido marcado por una herencia del derecho romano de corte positivista.

La Costumbre es una de las fuentes del Derecho Internacional y Guatemala, como ya se ha dicho, participa como sujeto de derechos y obligaciones dentro de la comunidad de naciones. El derecho emanado de la costumbre internacional por lo tanto, es de carácter obligatorio para Guatemala.

En el Derecho Internacional existen unas normas de jerarquía superior: las normas imperativas o *jus cogens*; a tal punto que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados estipula en su artículo 53 que todo tratado que esté en oposición a una norma imperativa del derecho internacional general (*jus cogens*) es nulo desde su celebración (art. 53). Ello es de particular importancia en el tema del artículo 378 y los crímenes bajo el Derecho Internacional, toda vez que éstos son crímenes que pertenecen al ámbito del *jus cogens*. Entre las normas de *jus cogens* figuran, entre otras, las prohibiciones

1996)", Publicación electrónica disponible en: <http://msuilr.org/wp-content/uploads/2013/09/21.2-Issue>. Páginas 147-153

relativas a la tortura y actos inhumanos²²², la desaparición forzada²²³, las ejecuciones extrajudiciales²²⁴, la toma de rehenes²²⁵, las violencias

222 Ver entre otros: TPIY, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia No. IT-95-17/1-T, párr. 154, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párr. 454 y Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal c. Kunarac*, It-96-23-T y IT-96-23/1-T; Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2 "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes"*, CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, párr. 1; *Informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, de 19 de febrero de 1986, párr. 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 8 de Julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 111, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, párr. 89 y Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, párr. 95; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 155.

223 Ver inter alia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C No 4, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No.153; Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, Serie C No. 136; y Sentencia de 5 de julio de 2004, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Serie C No.109. Ver igualmente TPIY, *Caso El Procurador c. Zoran Kpreskic et al.*, Sentencia de 14 de enero de 2000, IT-95-16-A, párr. 566.

224 Ver entre otros: Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1980), Resolución No. 5 relativa a las Ejecuciones extrajudiciales, párrs. 2 y 5, Documento de Naciones Unidas A/CONF.87/14/Rev.1 (1981); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Serie C No. 75, Sentencia de 11 de mayo de 2007, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Serie C No. 163, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C No. 154, y Sentencia de 25 de octubre de 2012, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C No. 252; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Recomendación El Asilo y relación con Crímenes Internacionales* de 20 de octubre de 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. 16.

225 Ver entre otros: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, adoptada el 24 de julio de 2001, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, párrafo 11.

sexuales²²⁶, y los castigos colectivos²²⁷. Como lo señaló el TPIY: "La mayoría de normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas perentorias de Derecho Internacional o *ius cogens*, es decir, de carácter imperativo e inderogable²²⁸". Esto es de particular importancia para Guatemala y su tradición de derecho positivista en la aplicación de la justicia. En el derecho guatemalteco, la costumbre es considerada una fuente secundaria del derecho²²⁹. Sin embargo, es necesario insistir en que cada país reconocido por Naciones Unidas está vinculado al ordenamiento jurídico internacional establecido por la comunidad internacional, que se sustenta en la costumbre como una fuente principal. Es decir, la costumbre, en algunos casos, trasciende la voluntad de países soberanos. Por ello, es importante que los juristas guatemaltecos conozcan e interioricen el criterio de que el Derecho Consuetudinario es de observancia obligatoria para Guatemala.

La costumbre internacional es de carácter obligatorio para las naciones, mientras que los convenios lo son sólo para los Estados que han decidido formar parte del mismo²³⁰. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado esta fuente de derecho de la siguiente manera "[u]na vez establecida, la norma del derecho internacional consuetudinario obliga a todos los Estados con excepción únicamente de aquellos que han rechazado sistemáticamente la práctica antes de transformarse en ley²³¹".

226 Ver inter alia: Comité contra la Tortura, *Observación general No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, UN Doc. CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de agosto de 2010, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Serie C No. 215, y Sentencia de 31 de agosto de 2010, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Serie C No. 216; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002; y TPIY, Sentencia de 22 de febrero de 2001, *Caso Le Procureur c. Kunarac et al.*, Caso IT-96-22 y IT- 96-23/1.

227 Ibid., párrafo 11, y Normas No. 103 y 156, "los castigos colectivos están prohibidos", en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR.

228 TPIY, Sentencia de 14 de enero de 2000, *El Fiscal vs. Kupreskic y otros.*, Caso "Lasva Valley", Causa IT-95-16, párr. 520 (original en inglés, traducción libre).

229 Ver, la Ley del Organismo Judicial: el Artículo 2 indica: "La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

230 Supra Note, 172,, pág. XII.

231 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 62/02, *Michael Domingues vs. Estados Unidos* (Fondo), Caso No. 12.285, de 22 de octubre de 2002.

La invocación de la costumbre internacional como fuente de derecho corresponde a abogados litigantes, fiscales, querellantes, así como a jueces, quienes están en obligación de conocer esta fuente de derecho y aplicarlo en el proceso de integración e interpretación de la ley en los casos concretos.

4. Sistemas jurídicos que convergen en el marco de los crímenes de trascendencia internacional y específicamente en el Delito contra los Deberes de Humanidad

Como fue establecido en el Capítulo anterior, el Código Penal guatemalteco regula los “delitos de trascendencia internacional²³²”. En él, los legisladores pretendieron incorporar en el sistema jurídico nacional los compromisos asumidos por Guatemala ante la comunidad de naciones (compromisos que se gestaron dentro de una nueva conceptualización del derecho penal internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial). Estos delitos a los que se refiere la legislación guatemalteca, se concretan en tres tipos penales a saber: Genocidio (artículo 376), Instigación al Genocidio (artículo 377) y Delito contra los Deberes de Humanidad (artículo 378).

Además del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el otro referente apropiado para interpretar el Delito contra los Deberes de Humanidad contenido en el artículo 378 del Código Penal, es el Derecho Penal Internacional. Lo anterior es importante de visualizar para aclarar cómo confluyen los tipos penales de carácter internacional en el derecho interno y crean de esta dialéctica conductas típicas, antijurídicas y punibles que habilitan la persecución de los responsables de las peores atrocidades vividas durante el conflicto armado interno.

Como ya dijimos, el marco de Derecho Internacional que permite analizar los crímenes de carácter internacional cometidos durante períodos de conflicto armado interno o internacional, surge principalmente del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas vertientes tienen un carácter complementario que convergen en el Derecho Penal Internacional.

²³² Ver, Libro Segundo, del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

La línea divisoria entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es muy tenue: puede observarse que en la Conferencia sobre Derechos Humanos de Teherán de 1968, se estableció que "la paz es la condición para el pleno cumplimiento de los derechos humanos, y la guerra es su negación". De esta forma, se infiere la complementariedad de ambas vertientes, ya que al regular limitaciones sobre la conducción de las hostilidades, se aspira a la protección de los derechos humanos.

Es importante recordar que en tiempos de guerra, el ser humano está bajo la doble protección del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Internacional de Justicia ha declarado que "la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³³". Como lo ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, "[e]l principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser; es en lo sucesivo tan importante que impregna al derecho internacional en su conjunto²³⁴". Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación con el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado han reiterado implícitamente la aplicación complementaria de estos dos ordenamientos jurídicos²³⁵.

En congruencia con lo anterior se observa la necesidad de aplicar el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para hacer una valoración de los graves

233 Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004, párr. 106. Véase también: *Opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 8 de julio de 1986, párr. 25.

234 TPIY, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal vs Anto Furundizija*, caso No. IT/95-17/I-T, párra. 183 (Original en francés, traducción libre).

235 Véase la Resolución 2675 (XXV) de 1970 de la Asamblea General, sobre "Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados" y las recientes resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre ellas las Resolución 1577 (2004) "La situación en Burundi"; Resolución 1574 (2004) "Informes del Secretario General sobre el Sudán"; Resolución 1572 (2004) "La situación en Côte d'Ivoire" y Resolución 1565 (2004) "La situación relativa a la República Democrática del Congo".

hechos cometidos durante el conflicto armado interno guatemalteco y establecer las políticas de persecución penal. El informe realizado por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico para Guatemala indica: “[I]a CEH concluye que los hechos consignados en este Informe constituyen, además, violaciones graves a los principios comunes que unen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario²³⁶”.

En complemento a estas dos vertientes, surge el Derecho Penal Internacional, el cual persigue la realización de juicios para deducir la responsabilidad individual de los autores de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos. Según el *principio del deber de garantía*, todos los países tienen la obligación de perseguir penalmente dentro de sus jurisdicciones los crímenes que se cometan dentro de su territorio, pero sobre todo, aquellos que son más atroces a criterio de la comunidad internacional.

Las fuentes que permiten determinar qué hechos criminales impactan con más violencia a la comunidad internacional, son las fuentes mismas del Derecho Internacional a saber: los tratados o convenios, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las normas de *jus cogens*. Guatemala voluntariamente se ha vinculado a normas de protección de la persona humana a través de la ratificación de diversos convenios o tratados. Es un principio general de Derecho Internacional y universalmente reconocido que los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de estos (principio *pacta sunt servanda*). Este principio tiene como corolario que las autoridades de un país no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales.

La existencia de normas constitucionales, legislativas o reglamentarias no puede ser invocada para no ejecutar obligaciones internacionales o para modificar su cumplimiento. Este es un principio general del derecho de gentes reconocido por la jurisprudencia internacional²³⁷. La

²³⁶ Informe Guatemala Memoria del Silencio, conclusiones y recomendaciones, Ed. 1999, párr. 98.

²³⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 4 de febrero de 1932, *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, Série A/B No. 44 y Opinión Consultiva del 31 de julio de 1930, *Question des communautés greco-bulgares*, Série A No. 17; Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, *Obligation d'arbitrage*, Sentencia del 28 de noviembre de

jurisprudencia internacional igualmente ha reiterado que de acuerdo a este principio las decisiones de tribunales nacionales no pueden ser esgrimidas como óbice para el incumplimiento de obligaciones internacionales²³⁸. El principio *pacta sunt servanda* y su corolario ha sido acrisolado en los artículos 26 y 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

Además, de la ratificación de acuerdos internacionales específicos, Guatemala se adhirió a la Comunidad de Naciones a través de la Carta de Naciones Unidas. Este hecho es de mucha importancia para el desarrollo del Derecho Internacional; según Antonio Gómez Robledo “[c]on la Carta se trató de establecer un sistema mediante el cual la comunidad pueda reprimir el abuso internacional de la fuerza bruta y promover, en una sociedad que ansía la libertad y la justicia, un orden público mundial que incluya los valores de la dignidad humana²³⁹”.

Estos actos generan para Guatemala obligaciones no solamente hacia sus nacionales, sino también frente a la comunidad internacional, por el tipo de derechos-valores que se persiguen proteger: mantenimiento de la paz, la protección de la humanidad en su conjunto y el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos. De acuerdo con Mónica Pinto: “[e]sto es así porque el derecho comparte las características de la sociedad a la que se aplica y desde la segunda posguerra se trata de una comunidad con una serie de preocupaciones comunes que sólo se conciben y se expresan a nivel mundial a través del derecho internacional²⁴⁰”.

Como miembro de las Naciones Unidas desde el 21 de noviembre de 1945, Guatemala participó desde la 1ª sesión de la Asamblea General. En esta sesión, la Asamblea General adoptó el 13 de febrero de 1946 su primera resolución sobre “Extradición y Castigo de Criminales de Guerra” –Resolución 3(1)–, en la cual reafirmó la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad establecida en

1958, *Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède)*, Sentencia de 6 de abril de 1955, *Notteböhmer (2e. Phase) (Lichtenstein/Guatemala)*; y Laudo arbitral S.A Bunch, *Montijo (Colombia c. Estados Unidos de América)*, 26 de julio de 1875.

238 Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia No. 7, de 25 de mayo 1923, *Haute Silésie polonaise*, Série A No. 7; y Sentencia No. 13, *Usine de Chorzow (Allemagne / Pologne)*, de 13 de septiembre de 1928, Série A No. 17.

239 Antonio Gómez Robledo, *Historia Legislativa del Jus Cogens*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 30.

240 Mónica Pinto, *Evolución de la comunidad internacional y del derecho internacional*, Audiovisual Library of International Law, Lecture Series.

la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg e instó a todos los Estados –miembros o no de las Naciones Unidas– a cooperar en la represión de estos crímenes. El 11 de diciembre de 1946, mediante su Resolución No. 95 (I), la Asamblea General confirmaría que los principios establecidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y las Sentencias de este Tribunal como principios del Derecho Internacional. Ese mismo día, mediante la Resolución No. 96 (I), la Asamblea declaró que el “genocidio es un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas²⁴¹”. Posteriormente, la Asamblea General adoptaría varias resoluciones²⁴² reafirmando que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran dentro de los delitos de derecho internacional más graves” y la obligación de los Estados de reprimir estos crímenes. En 1973, la Asamblea General adoptaría los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad²⁴³”.

Se ha afirmado que el efecto de la vinculación de Guatemala a las Naciones Unidas es el de incorporar al sistema jurídico nacional, las

241 *Párrafo resolutivo primero de la Resolución 96 (I)*.

242 Ver, inter alia: Documento de Naciones Unidas, Resolución No. 170 (II), “Extradición y castigo de delincuentes de guerra y traidores”, de 31 de octubre de 1947; Resolución No. 2184 (XXI), “Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa”, de 12 de diciembre de 1966; Resolución No. 2202 (XXI), “La política de apartheid del Gobierno de la República de Sudáfrica”, de 16 de diciembre de 1966; Resolución No. 2338 (XX), “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, de 18 de diciembre de 1967; Resolución No. 2392 (XXIII), “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, de 26 de noviembre de 1968; Resolución No. 2583 (XXIV), “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, de 15 de noviembre de 1969; Resolución No. 2712 (XXV), “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, de 14 de diciembre de 1970; Resolución No. 2840 (XXVI), “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”, de 18 de diciembre de 1971; y Resolución No. 3020, “*Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*”, de 18 de diciembre de 1972.

243 Documento de Naciones Unidas, Resolución 3074 (XXVIII), “*Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*”, de 3 de diciembre de 1973.

normas y estándares del Derecho Internacional emanadas del Sistema Universal²⁴⁴. La vinculación de Guatemala a este sistema implica que está sujeta a respetar el desarrollo del Derecho Internacional Consuetudinario, porque este derecho es de carácter obligatorio universalmente²⁴⁵.

Puede concluirse, por lo tanto, que para Guatemala existe la obligación de reprimir los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio (mediante el enjuiciamiento y castigo de los autores de estos ilícitos internacionales), de conformidad con las normas de *jus cogens* y las distintas ramas del Derecho Internacional (Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional).

El artículo 378 del Código Penal castiga en el derecho interno, la comisión de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad así como graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de ilícitos bajo el Derecho Internacional. La referencia que hace el artículo 378 a "*cualquier acto inhumano cometido en contra de la población civil*"²⁴⁶ remite necesariamente a las normas de *jus cogens* que prohíben tales comportamientos (mediante las figuras del crimen de guerra y del crimen de lesa humanidad) y graves violaciones de derechos humanos y que exigen del Estado que estos sean reprimidos judicialmente. Al respecto, cabe recordar que, a los efectos de la represión penal, la jurisprudencia y doctrina internacional han caracterizado como acto inhumano, la tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual, entre otras graves violaciones de derechos humanos. En este punto cabe recordar que la prohibición de cometer actos inhumanos es una norma de *jus cogens*²⁴⁷

244 Ver, Miguel Angel Urbina, citado por Fernando Arturo López Antillón, y, María Martín Quintana en: *Violencia de Género en Conflictos Armados Estrategias para la persecución penal*, Publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales,, 2007, pág. 39.

245 Ver, Jordan J. Paust et al., *International Criminal Law*, 2007, pág. 6.

246 Ver artículo 378 del Código Penal.

247 Ver entre otros: TPIY, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia No. IT-95-17/1-T, párr. 154, Sentencia de 16 de noviembre de 1998, *El Fiscal c. Delalic y otros*, IT-96-21-T, párr. 454 y Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal c. Kunarac*, It-96-23-T y IT-96-23/1-T; Resolución A/RES/59/183 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Resolución E/CN.4/RES/2005/39 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2 "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes"*, CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008, párr. 1; *Informe del Relator Especial sobre la Tortura de las Naciones Unidas*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1986/15, de 19 de febrero de 1986, párr. 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 8 de

y que estos actos, según las circunstancias en que son cometidos contra civiles, pueden constituir crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. En efecto, y en lo que concierne a los conflictos armados internos, los actos inhumanos contra civiles son una grave violación al artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y al artículo 4 de su Protocolo II, constitutivos de crímenes de guerra. Asimismo, como lo ha señalado el TPIY, “[l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo²⁴⁸”.

Como consecuencia de lo expresado anteriormente, es perfectamente viable realizar una imputación de las conductas punibles que constituyen crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad a los responsables de este delito cometido durante el conflicto armado interno. Esto, como ya dijimos, no contraviene el principio de legalidad de los delitos²⁴⁹, ya que durante el conflicto armado interno ya estaban vigentes para Guatemala múltiples obligaciones internacionales –tanto bajo el derecho convencional como bajo el derecho internacional consuetudinario–, que representaban “deberes de humanidad” a los cuales alude el artículo 378 del Código Penal. Estos deberes de protección de la persona en sus derechos fundamentales, es un compromiso u obligación contraído por el Estado de Guatemala por pertenecer a la comunidad de naciones²⁵⁰. Los deberes de humanidad incluyen principalmente abstenerse de cometer aquellos actos que por su gravedad atentan contra la humanidad misma, concepto que nace vinculado al Derecho Internacional Humanitario y a los crímenes de guerra y que se deriva del Derecho Consuetudinario Internacional.

Julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 111, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, párr. 89 y Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, párr. 95; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 155.

248 Sentencia de 29 de noviembre de 1996, *El Fiscal vs. Erdemovic*, Caso IT-96-22-T, párr. 28 (original en francés, traducción libre).

249 El principio de legalidad establece que nadie puede ser procesado y/o condenado por un acto u omisión que no constituía delito, bajo la ley nacional o bajo el Derecho internacional, al momento de su comisión.

250 Debiendo fundamentar esta afirmación con base en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la que Guatemala es parte desde 1945, el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, vigente para Guatemala desde el año 1997.

Capítulo III: Alcances del Delito contra los Deberes de Humanidad

1. Marco hermenéutico para interpretar el artículo 378 del Código Penal

Una vez analizados someramente los sistemas jurídicos que convergen en el Delito contra los Deberes de Humanidad tipificado en el artículo 378 del Código Penal de Guatemala, para interpretar esta disposición penal y comprender su contenido, debemos recurrir a los mecanismos de la hermenéutica jurídica, es decir, a analizar los principios generales del derecho; el *jus cogens*; la interpretación auténtica de la norma, por medio del análisis de la exposición de motivos del Código Penal de Guatemala; analizar el concepto de "norma penal en blanco" y el principio de la interpretación extensiva en materia de derechos humanos. De esta forma podremos aclarar mejor sus alcances y su contenido.

A. Los principios generales del derecho

El análisis de los principios generales del derecho constituye una de las herramientas fundamentales del marco hermenéutico, que permite a las cortes determinar los alcances de una norma determinada²⁵¹. Según se ha establecido, tanto en la doctrina como en instrumentos jurídicos internacionales, los principios generales del derecho constituyen una de las tres fuentes principales del Derecho Internacional²⁵². Según

251 Antonio Gómez Robledo indica que los principios generales del derecho son una "expresión empleada en singular para signar o calificar una norma de derecho internacional y destacar su carácter general y su importancia" ver: *El Jus Cogens Internacional, Estudio histórico-crítico*, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM Mexico, ISBN 970-32-0813-4 pág. 86.

252 Estatuto Corte Internacional de Justicia, Artículo 38: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren" (resaltado añadido)

Bassiouni, la importancia de los principios generales del derecho estriba en que de ellos derivan normas que han influenciado el Derecho Penal Internacional que tienen que ver tanto con los elementos de los delitos, como con la responsabilidad penal y causas eximentes de responsabilidad penal para los distintos participantes en la comisión de los mismos²⁵³.

No es necesario el consentimiento de los Estados para que se dé el reconocimiento de los principios generales del derecho. Los parámetros para interpretar las normas jurídicas conforme a ellos han sido establecidos por las cortes internacionales. Ejemplo de ello es el Caso Nicaragua contra Estados Unidos: la Corte Internacional de Justicia indicó que las obligaciones establecidas en el artículo 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de “respetar” y “hacer respetar” el Derecho Internacional Humanitario “en todas las circunstancias”, tiene un alcance que va más allá de lo establecido por los Convenios. Indicó la Corte que estas obligaciones deben ser comprendidas además a través de los principios generales del derecho humanitario²⁵⁴.

Según Kai Ambos “el concepto ‘principios de derecho’ no se tiene que entender en el sentido del artículo 38 (1) (c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), sino en el de las reglas de *derecho consuetudinario internacional* desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg²⁵⁵”. Sobre la conceptualización particular del principio de legalidad para el Derecho Penal Internacional, se dice que tiene una dimensión especial, ya que incluye no sólo derecho convencional sino también derecho consuetudinario²⁵⁶. En el mismo sentido puede verse que en el caso Scilingo, la Audiencia Nacional de España recordó que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, para el derecho internacional se define *nullum crimen sine iure*, indicando que esta nominación “permite una interpretación mucho más amplia de las

253 Mahmoud Cherif Bassiouni, *International Criminal Law: Sources, subjects, and contents, Volume 1*, Third Edition Martinus Nijhof Publishers, The Netherlands, 2008, pág. 7.

254 Sentencia de 27 de junio de 1986, Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra éste (Nicaragua vs. Los Estados Unidos de América)*, párr. 220.

255 Ambos, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bases para una elaboración dogmática, Temis, Bogotá, 2006, pág. 36.

256 Ratner, Steven & Abrams, Jason S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, New York, 2009, pág. 21.

exigencias derivadas de este principio²⁵⁷". Asimismo, indicó la Audiencia que en el ámbito del derecho internacional la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del derecho)²⁵⁸.

Ejemplos de la aplicación de persecución criminal bajo los principios del derecho internacional son numerosos en la historia reciente²⁵⁹. El primero de ellos fue la conformación del Tribunal Internacional de Núremberg. Según indica Federico Andreu, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que con la aprobación de la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de Naciones Unidas, los principios establecidos en el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg han sido reconocidos como principios generales del Derecho Internacional²⁶⁰. Esta obligación de interpretación integradora, es así mismo, aplicable para las cortes domésticas, especialmente cuando se trata de juzgar graves violaciones a derechos humanos.

B. Normas de *jus cogens*

Los delitos reconocidos en el artículo 378 tienen la categoría de normas de *jus cogens*, respecto de los cuales el Derecho Internacional impone obligaciones *erga omnes*, lo que significa que todos los Estados tienen

257 Audiencia Nacional de España - Sala de lo Penal - Sección 3ª, Sentencia de 19 de abril de 2005, Sumario 19/1997, Rollo de Sala 139/1997Juzgado Central de Instrucción Nº 5 párr. 41).

258 *Ibíd*

259 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia, Decisión de indamisibilidad de 17 de Enero de 2006 comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04 pág. 9; También España juzgó y condenó a Adolfo Scilingo por el crimen de lesa humanidad según hechos cometidos en Argentina entre 1976 y 1983 a pesar que este delito se tipificó en la legislación española hasta el año 2004, entre los argumentos sobre la tipicidad establecidos por la Audiencia Nacional indicaron que: "[a] diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho)" Iver Audiencia Nacional, Sentencia de la Audiencia Nacional (España), de 19 de abril de 2005, Audiencia Nacional - Sala de lo Penal - Sección 3ª Sumario 19/1997 Rollo de Sala 139/1997Juzgado Central de Instrucción Nº 5 párr. 41).

260 Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión de indamisibilidad de 17 de enero de 2006, Caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, Comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04, citada por Federico Andreu Guzmán en *Retroactividad penal de crímenes internacionales*, Ediciones Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2013, pág 32.

el deber de garantizar que no se cometan tales comportamientos y, si éstos se materializan, de sancionarlos²⁶¹. Para comprender qué es una norma de *jus cogens*, según señala Mónica Pinto, debemos partir del plano general del derecho, de ver a éste como un conjunto normativo, estructurado en consideración de la naturaleza de sus fuentes y de la jerarquía de sus normas²⁶². El derecho establece ciertos institutos que instauran el reconocimiento de ciertos 'valores fundamentales' para la sociedad: las normas que regulan estos 'valores fundamentales' se les llama "normas de *jus cogens*".

Las normas de *jus cogens* se conocen como normas imperativas del Derecho Internacional, para distinguirlas de las "normas dispositivas". La diferencia entre ellas estriba en que estas últimas pueden ser modificadas por voluntad de las partes, mientras las normas imperativas o de *jus cogens* no²⁶³. Los antecedentes del *jus cogens* se encuentran en el Derecho Romano y se atribuye a los Pandectistas su incorporación al derecho actual. Christian Friedrich Gluck, a fines del siglo XVIII, propone "dividir el derecho en *jus permissivum* y *jus cogens* [...]" según se permita o no cierta libertad de acción a los particulares en la aplicación de la norma jurídica²⁶⁴". Las normas de *jus cogens* datan de varios siglos atrás y se considera que Windscheid fue uno de los primeros académicos que abordaron el estudio de su origen. Así se establece en la obra de Paul Guggenheim:

*"La expresión jus cogens aparece por primera vez, a lo que creemos, en los pandectistas. Fue sobre todo Windscheid quien trató de definir el jus cogens como el conjunto de reglas jurídicas que excluyen toda actitud arbitraria de las personas privadas; reglas que se aplican y se imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas"*²⁶⁵".

261 Ver, Paust, Jordan J., Mahmoud Cherif Bassiouni *et al.*, *International Criminal Law*, , *International Criminal Law, Cases and Materials*, 3rd. Carolina Academic Press, Edition, 2007, pág. 5.

262 Ver, Mónica Pinto, , *El jus cogens en la jurisprudencia internacional*, Audiovisual Library of International Law, Lecture Series, 2008 disponible en: <http://webtv.un.org/news-features/watch/mónica-pinto-evolución-de-la-comunidad-internacional-y-del-derecho-internacional/2609242611001>

263 Ibid.

264 Citado en, Antonio Gómez Robledo, *Historia Legislativa del Jus Cogens*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 2003 pág. 5.

265 *Ibid.*, pág. 61.

La categoría *jus cogens* se ha reafirmado en el derecho positivo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 53, define las normas de *jus cogens* en los siguientes términos:

"[...] una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) establece un parámetro que permite determinar la superioridad de las normas de *jus cogens* dentro del Derecho Internacional. Esto había sido previamente reafirmado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en sus labores sobre el derecho de los tratados iniciadas desde 1949 y que culminarían en la redacción de la CVDT. En 1953, el Relator Especial sobre el Derecho de los Tratados de la CDI, Sir H. Lauterpacht, señalaría que existía un "orden público internacional", integrado por los principios establecidos por el Derecho Internacional Consuetudinario, como expresión de la moral internacional, el cual prohíbe de forma absoluta determinados comportamientos –como por ejemplo la piratería o la guerra de agresión–²⁶⁶.

Así, el miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Profesor Mustafá K. Yassen señaló en 1963 que:

*"[e]n derecho internacional el jus cogens plantea, no sólo la cuestión de la autonomía de la voluntad de los Estados, sino también la de la jerarquía de las normas de derecho internacional. La cuestión que hay que determinar en cada caso es la de si un acuerdo internacional puede o no estar en conflicto con una norma jurídica preexistente"*²⁶⁷.

²⁶⁶ Documento de Naciones Unidas, "Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur" de 24 de marzo de 1953, en *Yearbook of the International Law Commission- 1953, vol. II*, Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/63, pág. 155.

²⁶⁷ Documento de Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional -1963 -Volumen I - Actas resumidas del decimoquinto período de sesiones 6 de mayo- 12 de julio de 1963* Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/Ser.A/1963, págs. 66 y 67, 683ª Sesión de 20 de mayo de 1963, párrafo 38.

El carácter de norma de jerarquía superior del *jus cogens* es igualmente reiterado por el artículo 64 de la CVDT que señala: “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Sobre los mecanismos para su modificación, Ian Brownlie señala que:

“El rasgo principal que distingue a esta especie de normas (jus cogens) es el de que son relativamente indelebles. Son normas de derecho consuetudinario que no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria subsecuente de efecto contrario”²⁶⁸.

Según el Dr. Gerardo Prado, de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pueden desprenderse las siguientes características de las normas de *jus cogens*:

- Ser una regla imperativa de Derecho Internacional de carácter general.
- Ser aceptada y reconocida por toda la comunidad internacional; es decir gozar de la *opinio iuris necessitatis*.
- Puede tratarse de normas escritas (tratados, declaraciones, etc.) o normas no escritas (costumbre internacional), lo que quiere decir que tanto un tratado como una costumbre puede tener el carácter de *jus cogens*.
- Ser inderogables; o sea que no admiten acuerdo en contrario.
- Solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.
- De efecto *erga omnes*, es decir, de cumplimiento obligatorio para toda la comunidad internacional, independientemente de la posición que adopte cada Estado respecto de la norma de *jus cogens*; ésta debe ser acatada²⁶⁹.

²⁶⁸ Ian Brownlie, *Principles of public international law*, 3a. ed., Oxford, 1979, pág. 513. Citado por Gómez Robledo, Antonio, *Historia Legislativa del Jus Cogens*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003 pág. 61.

²⁶⁹ Gerardo Gianni Prado Herrera, *El Jus Cogens*, publicación disponible en línea en: <http://www.robertexto.com/archivo19/juscogens.htm> Page 1 of 4 visitado el 10/18/12 4:42 PM

Se ha indicado que las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* son dos de las más altas categorías del Derecho Internacional. Sin embargo, estas categorías presentan diferencias entre sí: “[t]oda norma imperativa genera una obligación *erga omnes*, pero todas las obligaciones *erga omnes* no derivan de normas imperativas; igualmente, no toda violación de una norma imperativa supone un crimen internacional, tan solo las violaciones graves²⁷⁰”. Para comprender la diferencia entre una y otra, Cherif Bassiouni indica que la categoría *jus cogens* refiere al estatus legal que alcanzan ciertas obligaciones internacionales y que la categoría *erga omnes* se refiere a las implicaciones jurídicas que se desprenden de la comisión de crímenes del ámbito de las normas de *jus cogens*²⁷¹. Es decir, que la primera se refiere a la cualidad sustantiva de la norma y el término *erga omnes* se refiere a las consecuencias jurídicas que se derivan de la norma de *jus cogens* para la comunidad de los Estados.

Es por el resurgimiento del jus naturalismo durante la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, que se confrontan los sistemas de riguroso positivismo, con el planteamiento de las normas fundamentales de *jus cogens*²⁷². De acuerdo con Mary Ellen O’Connell, esto fue ejemplificado con el establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Núremberg en el que “la legitimidad de las persecuciones se basaba no en el consentimiento de los Potencias Aliadas y de los individuos demandados, sino en la naturaleza de los actos cometidos: actos que en el derecho de todas las naciones civilizadas eran definidos como criminales²⁷³”. Este período está marcado por un nuevo interés de la comunidad internacional de proteger derechos esenciales de la humanidad. Así lo señala Carrillo Salcedo:

270 , Antonio Robledo Gómez, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pág. 97.

271 Ver, Mahmoud Cherif Bassiouni, “*Law and Contemporary Problems* Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (1996)”, pág. 63 disponible en línea en: <http://www.jstor.org/stable/1192190>.

272 Pinto, Mónica, *El jus cogens en la jurisprudencia internacional*, Audiovisual Library of International Law, Lecture Series, disponible en línea en: <http://webtv.un.org/news-features/watch/mónica-pinto-el-ius-cogens-en-la-jurisprudencia-internacional/2623237198001>.

273 , Mary Ellen O’Connell et al., *The International Legal System Cases and Materials*, Foundation Press, Lugar?, 2010, pág. 167 (original en inglés, traducción libre).

"La noción jurídica de la dignidad de la persona proclamada en la Carta de las Naciones Unidas expresa una aspiración ética que ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de jus cogens y de obligaciones erga omnes, categorías que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en Derecho Internacional²⁷⁴".

Normas positivas que conciernen al *jus cogens* pueden encontrarse asimismo, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos Convenios contienen una disposición común sobre los efectos de la denuncia de los Convenios que prescribe que la denuncia del tratado:

"[n]o surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en el conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública²⁷⁵".

No hay duda alguna que la prohibición de cometer crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y graves violaciones de derechos humanos constitutivas de ilícitos bajo el Derecho Internacional –como la tortura, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, los actos inhumanos y la violación sexual– así como el deber de juzgar y sancionar a sus autores es una norma de *jus cogens*. No obstante, es preciso señalar que en razón del carácter dinámico intrínseco del Derecho Internacional, el catálogo de crímenes de *jus cogens* está en evolución y nuevos comportamientos serán progresivamente incorporados en las prohibiciones absolutas. En cuanto a la aplicación de estas normas de carácter imperativo, ha quedado claro que son normas que tienen una jerarquía superior dentro del Derecho Internacional. Es obligación de los juzgadores nacionales conocer estas normas y reconocer su carácter y su preeminencia en el derecho interno de cada país.

Es importante mencionar que la Ley del Organismo Judicial de Guatemala, en el artículo 4, establece: "[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno

274 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 150.

275 Convenios de Ginebra de 1949, Artículo 63 del Convenio I, artículo 62 del Convenio II, artículo 142 del Convenio III y artículo 158 del Convenio IV.

derecho [...]”. Aunque esta ley no aclara la inserción del carácter de las normas imperativas, emplea los mismos términos empleados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

C. Interpretación auténtica de la norma

Por otro lado, siguiendo con el marco hermenéutico para la interpretación del artículo 378 del Código Penal de Guatemala y con el objeto de hacer una *interpretación auténtica de la norma*²⁷⁶, se puede recurrir a la exposición de motivos del Congreso de la República que indica textualmente lo siguiente:

*"En este capítulo se incluye el genocidio, los delitos contra los deberes de humanidad y la muerte de un Jefe de Estado extranjero. El delito de genocidio que se configuró ingratamente a raíz de acontecimientos internacionales ha sido objeto de reglamentación internacional por su gravedad e impacto, se incorpora al proyecto conforme la redacción textual del artículo 313 del proyecto del Código de Honduras, que, a su vez, resume las corrientes doctrinarias que se consagraron al ser incluido el citado delito en el derecho internacional. También se trata lo relativo a la instigación al genocidio, y congruente con la misma tesis, se preceptúa lo que atañe a los convenios respecto a prisioneros de guerra, heridos, etc."*²⁷⁷.

Si bien puede verse que es muy limitado el análisis que encontramos en la exposición de motivos, puede entenderse a partir de esta exposición, que los legisladores fueron inspirados en los acontecimientos internacionales que causaron un fuerte impacto en la conciencia del mundo (holocausto judío de la Segunda Guerra Mundial) y que las regulaciones contenidas en el artículo 378 del Código Penal, fue la forma en que los legisladores pretendieron adaptar la ley penal guatemalteca, a aquellos actos que en la época de la aprobación del

²⁷⁶ Puede observarse que la Ley del Organismo Judicial, en el artículo 10, indica que “[e]l conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; [...]”.

²⁷⁷ Diario de Sesiones del Congreso de la República de Guatemala, Libro I, Período Ordinario del 5 de septiembre al 12 de diciembre de 1972. RG/328.3 G9181972V. 3 Y 4 Biblioteca del Congreso

Código constituían delitos internacionales de extrema gravedad e impacto²⁷⁸.

La exposición de motivos del Capítulo IV Del Código Penal de Guatemala indica que el efecto de la regulación del delito de genocidio fue incorporar "las corrientes doctrinarias que se consagraron al ser incluido el citado delito dentro del derecho internacional"²⁷⁹. Estas corrientes, a las que alude la exposición de motivos, no son otras que las derivadas del desarrollo del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el período de la postguerra de la Segunda Guerra Mundial.

D. Norma penal en blanco

Se ha establecido con anterioridad en la doctrina guatemalteca que el artículo 378 constituye una *norma penal en blanco*. Así se han referido a ella juristas como María Martín y Fernando López, quienes indican que el artículo en cuestión es "una norma penal en blanco, que por razones de técnica legislativa, remite a normas internacionales convencionales o de carácter inderogable²⁸⁰". Según Muñoz Conde, "[m]uchas veces, para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos del Código que no están en inmediata conexión o, incluso, a una norma jurídica de carácter extrapenal²⁸¹". Con esto, vale hacer la aclaración, no se están creando tipos penales

278 Ver, Diario de las Sesiones del Parlamento Centroamericano Congreso de la República, Periodo Ordinario 1972-1973, Tomo I, Guatemala, martes 14 de noviembre de 1972 Número 58. Los informes de Diario de Sesiones indican "El Nuevo anteproyecto se formuló por la Comisión Específica Revisora, tomando en cuenta: Situación que resultaba obligada, el proyecto del Licenciado Menéndez de la Riva, pero para un mejor dictamen también se tuvieron en cuenta los anteproyectos siguientes: El elaborado por el Doctor Sebastián Soler y los licenciados Benjamín Lemus Morán y Romeo Augusto de León; los elaborados para la República de Honduras y para la República de El Salvador. Además se consultó constamente los códigos de Argentina, México, Uruguay, Chile, Bolivia, Italia, Suiza, Francia, Alemania, Bélgica, España y de todos los correspondientes al área centroamericana".

279 Ibid.

280 López Antillón, Fernando Arturo y Martín Quintana, María, *Violencia de Género en Conflictos Armados Estrategias para la persecución penal*, Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala, 2007, pág. 51.

281 Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial IB de f Montevideo, 2001, pág. 45.

por analogía, sino completando las premisas legales de una norma que refiere a otros cuerpos legales para integrarse plenamente.

E) Pluralidad de tipificaciones para los delitos de carácter internacional en el Derecho Internacional: interpretación extensiva

En el Derecho Internacional se acepta la existencia de varias definiciones o tipificaciones de un mismo delito²⁸². Esta circunstancia condiciona, por lo tanto, las categorías de crímenes de guerra y de lesa humanidad, por ser delitos internacionales. La pluralidad de definiciones está reconocida en los mismos instrumentos internacionales²⁸³. Frente a esta pluralidad de definiciones, resulta de primera importancia la jurisprudencia internacional, en tanto sistematiza el desarrollo del Derecho Internacional respecto de estos crímenes, proveyendo así definiciones consuetudinarias de éstos. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ante esta situación planteó “en la medida en que otros instrumentos internacionales u otras leyes internas conceden una protección más amplia a los individuos, estos tienen derecho a beneficiarse²⁸⁴”. En consonancia con lo establecido por este tribunal, consideramos que para Guatemala es aplicable, ante la pluralidad de definiciones de los tipos penales existentes, aquella que sea más protectora de los grupos o personas victimizadas.

F. Régimen de doble protección del ser humano y la complementariedad del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario

Es un principio del Derecho Internacional que, en las situaciones de conflicto armado, el ser humano está bajo la doble protección del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como lo señaló el Experto independiente sobre terrorismo y derechos humanos de las Naciones Unidas, Profesor Robert Goldman: “[c]uando un conflicto armado constituye una

²⁸² Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones a Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 3*, Ed. CIJ, Ginebra, 2008 pág. 34.

²⁸³ Ver por ejemplo con respecto el artículo 1 (2) de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y los artículos 10 y 22 (3) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Ver igualmente Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones a Derechos Humanos Op. Cit.* pág. 37.

²⁸⁴ TPIY, Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal vs. Kunarac y otros*, Caso IT-96-22, párr. 473.

auténtica situación de excepción, un Estado puede limitar o incluso suspender algunos derechos humanos. Sin embargo, jamás puede suspender los derechos que en virtud de la normativa de derechos humanos no son susceptibles de suspensión inclusive cuando la situación de excepción se debe a un conflicto armado. A pesar de sus distintos orígenes, las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario tienen el propósito común de proteger la vida y la dignidad humana²⁸⁵”.

La Corte Internacional de Justicia ha reiterado que “la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸⁶”. Como lo ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “[e]l principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser; es en lo sucesivo tan importante que impregna al derecho internacional en su conjunto²⁸⁷”. Las resoluciones aprobadas por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación con la aplicación y vigencia del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado han reiterado complementariedad de estos dos ordenamientos jurídicos²⁸⁸.

285 *Informe del Experto Independiente, Robert K. Goldman, sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/103, de 7 de febrero de 2005, párr. 23.

286 Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de julio de 2004, párr. 106. Véase también: *Opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, de 8 de julio de 1986, párr. 25.

287 TPIY, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *El Fiscal vs. Anto Furundizija*, caso No. IT/95-17/I-T, párr. 183 (Original en francés, traducción libre).

288 Ver, inter alia: Documento de Naciones Unidas, Resolución 2675 (XXV), “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados”, de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1970; y la Resolución 3318 (XXIX), “Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado”, de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974. Ver las resoluciones del Consejo de Seguridad 1577 (2004), “La situación en Burundi”; 1574 (2004) “Informes del Secretario General sobre el Sudán”; 1572 (2004), “La situación en Côte d’Ivoire” y 1565 (2004) “La situación relativa a la República Democrática del Congo”.

2. ¿Qué alcances tiene el artículo 378 del Código Penal con respecto a los crímenes de guerra?

El artículo 378 del Código Penal, es la norma que vincula el Derecho Internacional Humanitario al sistema doméstico, tipificando como delitos algunas de las "infracciones graves" (no todas) establecidas en los Convenios de Ginebra. Podemos afirmar entonces que el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra era norma positiva para Guatemala durante el conflicto armado interno²⁸⁹.

Para enjuiciar los hechos acaecidos durante el período del conflicto armado interno, podemos afirmar que las conductas prohibidas por el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, están recogidas en el artículo 378 del Código Penal y por lo tanto pueden imputarse a las personas que supuestamente cometieron estos hechos. Debe considerarse para la imputación del caso las siguientes conductas prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario según el artículo 3 Común:

- a) *los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) *la toma de rehenes;*
- c) *los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) *las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*
- e) *si bien no se redacta como una prohibición, podemos decir que dicho artículo también pretende que no se deje sin asistencia a los heridos y los enfermos en casos de conflictos armados internos.*

Si bien el artículo 378 del Código Penal no recoge expresamente todas las conductas prohibidas por el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, si incorpora los siguientes crímenes de guerra: Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a:

²⁸⁹ Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, aprobado por el Congreso de la República el 12 de agosto de 1952 según Decreto 881 del 16 de abril de 1952.

- a) prisioneros o rehenes de guerra; b) heridos durante acciones bélicas;
- c) cualquier acto inhumano contra hospitales o lugares destinados a heridos y d) cualquier acto inhumano contra población civil.

En todo caso, se trata de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y está en congruencia con el espíritu del artículo 3 Común y de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En segundo lugar, podemos afirmar que el *bien jurídico* que pretende proteger el artículo 378 del Código Penal es el *orden público internacional* y en particular las normas que regulan los conflictos armados, incluidas las relativas a la protección de las personas (combatientes o no que estén detenidos), los heridos; los hospitales y a la población civil. No hace ninguna referencia a otras normas que se relacionan con la limitación de los medios de combate o la protección del emblema del Movimiento Internacional de la Cruz Roja, pero por lo ya expuesto en los puntos anteriores del presente estudio, estos deberían considerarse que son conductas o hechos gravísimos que deben ser investigados y juzgados por el Estado de Guatemala.

Llama la atención que a pesar de la magnitud de las atrocidades a las que se refieren estos tipos penales, lo que prevalece en la intención del legislador, es la comunidad internacional y los deberes del Estado guatemalteco frente a ella. Consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que la vulneración a la integridad o la vida de las personas acaecida durante el conflicto armado interno, de acuerdo al Código Penal de Guatemala, genera una responsabilidad del Estado de Guatemala por los crímenes cometidos.

Por último, para la persecución y enjuiciamiento de esta clase de delitos, deben tenerse presente las siguientes normas de Derecho Internacional Consuetudinario reconocidas por el CICR, entre otras:

- a) Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados.
- b) Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil²⁹⁰.

290 Jean-Marie Henckaerts, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", en *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, volumen 87, n°. 857, Ginebra, marzo de 2005, pág. 30.

3. ¿Qué alcances tiene el artículo 378 del Código Penal con relación a crímenes de lesa humanidad?

Con el objeto de responder a esta interrogante, debemos analizar en qué consiste la frase que incorpora el artículo 378 al determinar cuáles son las conductas prohibidas. Además de las ya señaladas en el punto anterior y que se refieren a los crímenes de guerra definidos en el Derecho Internacional Humanitario, el artículo 378 se refiere como conductas prohibidas a **“cualquier acto inhumano contra población civil”** Veamos qué significa que el Código Penal utilizase esta frase.

El elemento del tipo penal que incluye como conducta prohibida la comisión de **“cualquier acto inhumano contra población civil”** ha estado presente en los distintos estatutos de los tribunales penales internacionales²⁹¹. Sin embargo, estos estatutos definen con exactitud en qué consisten estos actos. Para ello, es necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina internacional.

El Tribunal Internacional para ex Yugoslavia ha indicado que “[l]a frase ‘otros actos inhumanos’ fue diseñada deliberadamente como una categoría residual, ya que se consideró como indeseable para esta categoría que se enumeran de manera exhaustiva²⁹²”. Bassiouni señala que “los actos que han sido incluidos en esta categoría en la jurisprudencia de los tribunales internacionales varían dependiendo de la vil imaginación de los perpetradores. De modo que, esta categoría ha incluido, traslados forzosos, golpes, intentos de asesinato, matrimonios forzados²⁹³”.

El TPIY señaló que es posible determinar parámetros que permitan interpretar en qué consisten los “otros actos inhumanos” a partir de los estándares internacionales de derechos humanos. Así el TPIY ha calificado como actos inhumanos: la desaparición forzada, la violencia sexual, los tratos crueles inhumanos y degradantes, las mutilaciones y actos de sevicia, la imposición de condiciones inhumanas de detención, la violencia física contra civiles, las tentativas de asesinato y el uso

291 TPIY, Sentencia de 3 de marzo del 2000, IT-95-14-T, El Fiscal vs. Blaskic, párr. 239

292 TPIY, Sentencia de 14 enero del 2000, *El Fiscal vs. Kupreskic*, Caso No. IT-95-16-T, párr. 563.

293 Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011, pág. 411 (original en inglés, traducción libre).

de civiles como escudos humanos entre otros comportamientos²⁹⁴. El tribunal concluyó que estos “deben ser tan graves como las otras clases de delitos previstos en las demás disposiciones del artículo 5”, éstos son, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación²⁹⁵. En el mismo sentido, el Estatuto de Roma agrega al tipo penal de “otros actos inhumanos” la condición de ser “de carácter similar [a los demás comportamientos] que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física²⁹⁶”. Los *Elementos de los Crímenes*, adoptados por Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, precisan que el carácter similar “se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto²⁹⁷”. El TPIY ha precisado igualmente que los actos inhumanos pueden ser infligidos por comportamientos omisivos²⁹⁸.

Si bien es cierto que se ha establecido que el artículo 378 del Código Penal es una norma penal en blanco y que al referirse a los deberes de humanidad se hace una vinculación directa al Derecho Internacional Consuetudinario, también lo es que los crímenes de lesa humanidad tienen sus propias características y su propia historia. Lo anterior puede resultar confuso para el jurista que desea aplicar la norma aludida, quien puede dudar en afirmar que los crímenes de lesa humanidad están incluidos también en el artículo 378 del Código Penal. Para alcanzar conclusiones al respecto, se presentó en el Capítulo I un breve recorrido sobre los aspectos más relevantes de los crímenes de lesa humanidad, con énfasis en aquellos elementos que permiten resolver la pregunta formulada al inicio de este capítulo.

294 TPIY, Sentencia del 14 de enero del 2000, el Fiscal vs. Kupreskic, caso No. IT-95-16-T; párr. 566. Ver igualmente: Sentencia de 7 de mayo de 1997, *El Fiscal vs. Dusko Tadic*, Caso IT-94-I-T; Sentencia de 22 de febrero de 2001, *El Fiscal vs. Kunarac y otros*, Casos IT-96-23-T y IT-96-23/1-T; Sentencia de 30 de junio de 2006, *El Fiscal vs. Oric*, Caso IT-03-68-T; Sentencia de 15 de marzo de 2002, *El Fiscal vs. Krnojelac*, Caso IT-97-25-T; y Sentencia de 5 de diciembre de 2003, *El Fiscal vs. Galic*, Caso IT-98-29-T.

295 Estatuto del TPIY, Art. 5.

296 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Artículo 7, numeral 1, inciso k.

297 *Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –Primer período de sesiones - Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002– Documentos Oficiales*, Documento ICC-ASP/1/3, pág. 127, nota de pie de página 29.

298 Ver inter alia, TPIY, Sentencia de 30 de junio de 2006, *El Fiscal vs. Oric*, Caso IT-03-68-T, párrs. 302 y ss.

Por otra parte, como lo señala Cherif Bassiouni, el término “humanidad” ha sido objeto de estudio por filósofos para determinar por qué se utiliza este término para definir el objeto protegido en distintas fórmulas establecidas para normar los “crímenes de lesa humanidad²⁹⁹”. Bassiouni indica que los hallazgos han sido sobre todo derivados del *jus gentium* romano, que regulaba algunas transgresiones contra el derecho de gentes como *hostis humani generis* que significa “enemigos de la humanidad”.

Este autor ha indicado que a lo largo de la historia, han existido regulaciones militares que protegían a población civil. Ejemplos de ello son el Código de Lieber en Estados Unidos en 1863 y el Manual de Oxford de 1880. Bassiouni señala que la articulación de este proceso se encuentra en la Convención de La Haya de 1907 y que el concepto de “leyes de humanidad” o “deberes de humanidad” provenientes del derecho humanitario, han sido la base para establecer las prohibiciones de los crímenes de lesa humanidad³⁰⁰.

Como se ha visto, la definición de la lesa humanidad no ha tenido un camino lineal, ni autónomo; tanto es así, que actualmente la conocemos de forma indistinta como “delitos de lesa humanidad” o “delitos contra la humanidad”. De acuerdo con Jordan Paust, “[l]as referencias en términos ‘deberes de humanidad’, ‘deber de humanidad’, ‘enemigos de la familia humana’, ‘crímenes contra la familia humana’ datan desde finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX y están relacionados con el concepto actual de crímenes contra la humanidad³⁰¹”.

299 Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, New York, 2011, págs. 43-44.

300 *Ibíd.*, págs. 109-111.

301 Jordan Paust, Mahmoud Cherif Bassiouni, Michael Scharf, Jimmy Gurulé, Leila Sadat, and Bruce Zagaris, *International Criminal Law, Cases and Materials*, 3ª. Edition, 2007 pág. 702. Ver igualmente: Voto Razonado del Juez A.A. Caçado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de abril de 2004, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 12: “No hay que pasar desapercibido que el Tribunal Penal Internacional *ad-hoc* para Ruanda ponderó, con acierto, en el caso *J.-P. Akayesu* (Sentencia del 02.09.1998), que el concepto de crímenes contra la humanidad ya ‘había sido reconocido mucho antes’ del propio Tribunal de Nuremberg (1945-1946) (párr. 565). Para esto contribuyó la cláusula Martens (cf. *infra*); en realidad, expresiones similares a la de aquel crimen, invocando la humanidad victimada, ‘aparecen mucho antes en la historia humana’ (párr. 566). El mismo Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló, en el caso *J. Kambanda* (Sentencia del 04.09.1998), que ‘en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad’, las víctimas siendo tanto las personas masacradas como la propia

Conclusión final

Del análisis anterior, podemos concluir que los legisladores buscaban incorporar en el artículo 378 del Código Penal de Guatemala los avances de las doctrinas internacionales surgidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El artículo 378 incorpora a la legislación doméstica, tanto los crímenes de guerra, como los crímenes de lesa humanidad, los que deben ser vistos según su desarrollo en el Derecho Internacional (ver capítulo I). Mientras que el genocidio cuenta con un tipo penal propio en el ordenamiento legal guatemalteco.

Se puede afirmar que, para el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno en Guatemala, el alcance del artículo 378 del Código Penal se refiere a los deberes de humanidad que en caso no se respeten, pueden dar lugar a la comisión de crímenes de guerra y/o de crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer ambos tipos de crímenes es parte de los deberes de humanidad que el Estado de Guatemala debe respetar. Estas normas provienen del *jus cogens*, del Derecho Internacional Consuetudinario, y de instrumentos internacionales.

Como se puede apreciar del presente comentario jurídico, el Delito contra los Deberes de Humanidad tipificado en el artículo 378 del Código Penal, incorpora una materia amplia y compleja; por esta razón, sería conveniente que el Ministerio Público desarrolle y apruebe una política de persecución penal, para la investigación efectiva del Delito contra los Deberes de Humanidad, para identificar y procesar a los responsables. Los cursos de capacitación sobre esta materia son necesarios.

humanidad (tanto en los actos de genocidio como en los crímenes contra la humanidad) (párrs. 15-16)".

Bibliografía

LIBROS

1. Ambos, Kai; *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Temis, Bogotá, 2005.
2. Andreu, Federico; *Retroactividad Penal de Crímenes Internacionales*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2012.
3. Bassiouni, M. Cherif; *International Criminal Law: Sources, subjects, and contents, Volume 1*, Third Edition Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.
4. Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law, 2nd Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012.
5. Bassiouni, M. Cherif; *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
6. Bobbio, Norberto; *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis, 3ª edición, Bogotá, Colombia, 2007.
7. Brownlie, Ian; *Principles of Public International Law*, 3a. ed., Oxford, 1979.
8. Camargo, Pedro Pablo; *Derecho Internacional Humanitario Tomos I y II*, Editorial Linotipia Bolívar y Cía. S. En C., 1995.
9. Carrillo Salcedo, J. A.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos,, Madrid, 2001.
10. Comisión Internacional de Juristas, *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 3*, Ginebra, 2008.
11. Cryer, Robert et al.; *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2010.

12. Gómez Robledo, Antonio, *Historia Legislativa del Jus Cogens*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
13. Gómez Robledo, Antonio; *El Jus Cogens Internacional, Estudio Histórico-Crítico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica No. 147, Universidad Autónoma de México, 2003.*
14. Henckaerts, Jean-Marie y Doswald Beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I: Normas*, Ed. CICR, 2007.
15. Informe Guatemala Memoria del Silencio, Tomos I, II, III, Ed. UNOPS, Guatemala, 1999.
16. Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press Inc., New York, 2001.
17. López Antillón, Fernando y Martín Quintana, María; *Violencia de Género en Conflictos Armados. Estrategias para la persecución penal*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, 2007.
18. O'Connell, Mary Ellen; Scott, Richard F.; Roth-Arriaza, Naomi, *The International Legal System Cases and Materials*, 2010.
19. Paust, Jordan J. *et al.*, *International Criminal Law*, Carolina Academic Press, 2007.
20. Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad, la lucha por la justicia global, Siglo XXI*, 2008.
21. Seara Vázquez, Modesto; *Derecho Internacional Público*, México, Ed. Porrúa, 2004.
22. Sorensen, Max; *Manual de Derecho Internacional Público*, 1ª ed., México, FCE, 2000.

LEYES NACIONALES

1. Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

2. Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.
3. Diario de Sesiones del Parlamento Centroamericano, Congreso de la República, Periodo Ordinario 1972, 1973 Tomo I Guatemala, martes 14 de noviembre de 1972 Número 58.
4. Decreto del Congreso de la República de Guatemala, Aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y los acuerdos provisionales concertados por los gobiernos participantes en la conferencia, fecha de emisión: 11/10/1945, fecha de publicación: 12/ 11/1945. Se ubica en Libro 64 pág. 555.

LEYES Y CONVENIOS INTERNACIONALES

1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.
2. Convenciones de La Haya de 1907, aprobadas a través del decreto número 791 de la Asamblea Nacional Legislativa de la República de Guatemala, de fecha 5 de Mayo de 1909.
3. 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. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
5. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.
6. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma 17 Julio de 1998, UN, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

7. Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre de 1945.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Opinión Consultiva Expediente 482-98, del 04-11-98 *Gaceta Jurisprudencial*.
2. Corte de Constitucionalidad expediente No. 320-90, sentencia: 8-01-91, Gaceta No. 19.
3. Corte de Constitucionalidad Gaceta Expediente No. 872-00 Gaceta No. 60, sentencia del 28-06-01.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Audiencia Nacional (España), Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, Audiencia Nacional - Sala de lo Penal - Sección 3ª Sumario 19/1997 Rollo de Sala 139/1997 Juzgado Central de Instrucción Nº 5 párr. 41.
2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Michael Domínguez vs. Estados Unidos*, Informe 62/02, Fondo 12.285, 22 de octubre de 2002.
3. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, Decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006 comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04.
4. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, Decisión de inadmisibilidad de 17 de enero de 2006 comunicaciones Nos. 23052/04 y 24018/04.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo), Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Liliana Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luis Uzcátegui, Marta Colomina y*

Liliana Velásquez, Medidas Provisionales respecto de Venezuela de 04 de Mayo de 2004.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo) Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
10. Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso Nicaragua vs. Estados Unidos, Fondo*, 27 Junio 1986.
11. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *El Fiscal vs. Tadic*, Caso IT-94-1-A, Decision on the Form of the Indictment, 14 Nov. 1995.
12. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Zoran Kupreskic*, IT-95-16-T, Sentencia de 14 de enero de 2000.
13. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, El Fiscal contra Kayishema y Ruzindana, caso No. ICTR-95-1-T, Sentencia, 21 de mayo de 1999.
14. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kunarac, Kovac and Vukovic, (Sala de Apelaciones) 12.06.2002.

DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

1. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996, Volumen II Segunda parte Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2).
2. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).
3. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, AG NU resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

4. International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006 A/CN.4/L.682
5. Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, adoptados por la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas 1950.
6. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma 17 Julio de 1998 UN, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.
7. Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994).
8. Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado (del 20 de diciembre de 1945).
9. Naciones Unidas, Asamblea General Resolución 95(I) de 11 de diciembre de 1946.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

1. Comité Internacional de la Cruz Roja Documento de opinión, *Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario?* marzo de 2008, Págs. 3 y 4 Disponible en línea en: www.icrc.org/.../opinion-paper-armed-conflict-es.
2. Graditzky, Thomas, *"La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional"* Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 145 Marzo 1998 disponible en línea en : <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>
3. Ticehurst, Rupert, *La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*, Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja fecha 31-03-1997, disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>
4. Freiler, Eduardo; *Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Jus Cogens)* Publicación en línea disponible en www.estasentuderecho.com.ar

5. Paust, J. Jordan; The Complex Nature, Sources and Evidence of Customary Human Rights, Georgia Journal of International & Comparative Law 147 (1995-1996), Publicación electrónica disponible en: <http://msuilr.org/wp-content/uploads/2013/09/21.2-Issue>
6. Pinto, Mónica; Evolución de la Comunidad Internacional y del Derecho Internacional, disponible en: <http://webtv.un.org/news-features/watch/mónica-pinto-evolución-de-la-comunidad-internacional-y-del-derecho-internacional/2609242611001>
7. Prado Herrera, Gerardo Gianni; *El Jus Cogens*, publicación disponible en línea en: <http://www.robertexto.com/archivo19/juscogens.htm> Page 1 of 4 visitado el 10/18/12 4:42 PM
8. Paust, Jordan; Agression Against Authority: The Crime of Oppression, Politicide And Other Crimes Against Human Rights, 18 Case West. Res. J.Intnl' L. 283-84, Publicación en línea disponible en: <http://msuilr.org/wp-content/uploads/2013/09/21.2-Issue.pdf>
9. Werle, Gerhard; *International Criminal Justice*, Humboldt Universitat Zu Berlín, 2010 Publicación en línea disponible en: http://werle.rewi.hu-berlin.de/01_History-Summary.pdf

Miembros de la Comisión de la CIJ

Septiembre de 2014

Presidente:

Prof. Sir Nigel Rodley, Reino Unido

Vicepresidentes:

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

Jueza Michèle Rivet, Canadá

Comité Ejecutivo:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Países Bajos

Sra. Imrana Jalal, Fiyi

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Sra. Karinna Moskalenko, Rusia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, Rép. de Corea

Sr. Muhannad Al-Hassani, Siria

Juez Adolfo Azcuna, Filipinas

Dra. Catarina de Albuquerque, Portugal

Sr. Abdelaziz Benzakour, Marruecos

Juez Ian Binnie, Canadá

Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Prof. Miguel Carbonell, México

Juez Moses Chingengo, Zimbabue

Prof. Andrew Clapham, Reino Unido

Jueza Radmila Dacic, Serbia

Jueza Unity Dow, Botswana

Jueza Elisabeth Evatt, Australia

Sr. Roberto Garretón, Chile

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Sara Hossain, Bangladesh

Sra. Gulnora Ishankanova, Uzbekistán

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Jueza Kalthoum Kennou, Túnez

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Jueza Qinisile Mabuza, Swazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Sr. Kathurima M'Inoti, Kenia

Jueza Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Jueza Sanji Monageng, Botswana

Jueza Tamara Morschakova, Rusia

Prof. Vitit Muntarbhorn, Tailandia

Juez Egbert Myjer, Países Bajos

Dra. Jarna Petman, Finlandia

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

Prof. Marco Sassoli, Italia-Suiza

Prof. Olivier de Schutter, Bélgica

Juez Ajit Prakash Shah, India

Sr. Raji Sourani, Palestina

Juez Philippe Texier, Francia

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia

ISBN 978-92-9037-203-5

**Comisión
Internacional
de Juristas**

Casilla postal 91

Rue des Bains 33

CH 1211 Ginebra 8

Suiza

t +41 22 979 38 00

f +41 22 979 38 01

www.icj.org

