

INTRODUCCIÓN

Es claro que en los actuales momentos la humanidad ha conquistado grandes espacios en materia de Derechos Humanos, tanto en el ámbito interno como en ámbito internacional, existe un reconocimiento significativo de los mismos; manifestado no sólo los sistemas internos de cada país, sino en la creación de los sistemas internacionales, el universal y los regionales según la ubicación geográfica, todo ello necesario para impedir la violación de los mismos, tras una historia de atroces desmanes vividos por la humanidad.

Pero, son precisamente esos acontecimientos vergonzosos en contra de la humanidad, lo que hizo que la comunidad internacional tomara conciencia sobre la necesidad de protección. Asimismo, es necesario indicar, que uno de esos cambios originados por la creación de los sistemas internacionales de protección, es el reconocimiento de la persona como sujeto derecho internacional, razón esta, que trajo como consecuencia que se considere en la actualidad, como sujeto de derechos y deberes.

Con relación a este último aspecto, es que tiene importancia la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) a través del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (en adelante ERCPI) pues al tener ese reconocimiento el ser humano, tiene obligaciones y por tanto, ante el incumplimiento de las mismas, puede acarrear responsabilidad internacional, cuestión esta que antes sólo era aplicable a los Estados Partes, pero en los actuales momentos se extiende a las personas en general, para evitar impunidad.

En este mismo orden de ideas, esto se entiende más aún, si se toma en cuenta precisamente la gran impunidad que se han generado a través de la historia sobre crímenes cometidos por personas, que en nombre de una posición ideológica, por razones de raza, sexo entre otros, creen tener el poder y el derecho legítimo de agresión sin ningún límite. De tal manera siendo Venezuela, un Estado parte del ERCPI, por haberlo suscrito y ratificado debidamente¹, se hace imperante buscar fórmulas de adecuación del mismo en el derecho interno, por las vías legales y de interpretación doctrinal sobre la materia, a los fines de su integra aplicación en el sistema Penal Venezolano.

No obstante, en la actualidad plantear fórmulas de adecuación en términos de aplicabilidad del ERCPI, en el Derecho penal venezolano, es difícil, sobre todo por la falta de iniciativa y de compromiso legislativo sobre la materia, pero es precisamente en estos campos de la investigación, desde el punto de vista académico, que es necesario abrir esos espacios para que se inicien estas discusiones desde la propia academia. Es por ello, indispensable hacer ese tipo de estudios, razón por la cual, esta investigación tendrá como objetivo principal el análisis de la validez de los tipos penales tipificados en el ERCPI en el Derecho Penal venezolano.

De tal manera que la investigación se presenta en capítulos, en los cuales se desarrollan los contenidos, bajo el orden siguiente: Capítulo I El Planteamiento del problema: objetivos de la investigación, justificación, alcances y limitaciones. Capítulo II Marco Teórico: antecedentes de la investigación que fundamentan los criterios de la investigación, marco normativo, la definición de términos. Capítulo III Marco Metodológico: Diseño y Tipo de investigación, técnicas de recolección, instrumentos de recolección de datos, técnicas de procesamiento y análisis e Interpretación.

¹ Se evidencia de la ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial número 5507 del 13/12/00, entrando en vigor el 1/07/2002.

Capítulo IV Análisis de interpretación de la información: definición legal y doctrinal de crimen y delito, diferencias entre crimen y delito, elementos de validez que constituyen la palabra crimen y delito, criterios jurisprudenciales y doctrinales patrios y foráneos referentes a la aplicabilidad del Estatuto del Estatuto en el Derecho Penal venezolano, seguido de las Conclusiones y recomendaciones, para culminar con las Referencia bibliográficas.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

El género humano ha vivido a lo largo de su existencia diversas formas de relaciones conflictivas, tanto en el ámbito interno de cada país, como en el internacional, cometándose durante las mismas, los más atroces crímenes contra la dignidad humana, configurando hechos que repugnan a la conciencia del ser humano, pues tal y como lo afirman la mayoría de los autores sobre la materia, tales acciones traspasan la tolerancia mínima de lo racionalmente aceptable en un conflicto armado ²sea cual fuere el caso. Ahora bien, el acontecimiento histórico, que significó un antes y un después en la conciencia de la comunidad internacional, se produjo en el marco de la Segunda Guerra Mundial.

En este sentido, tales hechos o atrocidades cometidos durante esa época histórica, fueron definitivos al momento de desarrollar los fines y objetivos de la Organización de las Naciones Unidas, marcando con ello el camino a seguir en materia de Derechos Humanos y su respectiva protección a nivel internacional. Dentro de tal contexto o marco histórico, se creó una

² En consecuencia, se genera un inmenso número de víctimas, quedando impunes, hechos contrarios al ideal de justicia que debe imperar dentro de una sociedad organizada democráticamente y dentro de un Estado de Derecho y de Justicia, necesarios para la convivencia civilizada de la humanidad misma.

Carta de Derechos Humanos³, la cual se materializó con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y con la posterior adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Adviértase que a pesar de todos los cuestionamientos realizados a través de los años a la Organización de las Naciones Unidas, es de resaltar que, sin duda alguna la misma, ha sido de gran importancia para el desarrollo y evolución del Derecho Internacional Público, pues en la actualidad, ya no se le da el mismo tratamiento al “ser humano”, que se le daba en el derecho internacional clásico, donde era prácticamente inexistente la protección del mismo, pues tal y como lo afirman la mayoría de juristas expertos en la materia, anteriormente los únicos sujetos de Derecho Internacional eran los Estados.

Por el contrario, en el Derecho Internacional Público moderno “el ser humano” es el fundamento de sus fines y la razón de ser de todos los órganos que lo conforman. Esto es así, porque no se podía permitir que los Estados siguieran cometiendo arbitrariedades con sus nacionales, bajo la fundamentación errada y ortodoxa del concepto clásico de soberanía absoluta y por ende, bajo la excusa de ser competencia exclusiva de cada Estado y no estando por tanto, sujetos a ningún tipo de injerencia por parte de la Sociedad Internacional.

Por tal razón, dentro de esas transformaciones del Derecho Internacional Público, que se han generado en el transcurso de su evolución, es evidente la importancia que ha tenido la creación de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, por el papel que

³ En 1948, se creó la base jurídica internacional del siglo XX en materia de derechos humanos: la "Declaración Universal de Derechos Humanos", como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. Esta Declaración se aprobó el 10 de diciembre de 1948 y desde entonces se observa este día como Día de los Derechos Humanos. La Declaración está compuesta por 30 artículos que no tienen obligatoriedad jurídica aunque por la aceptación que ha recibido por parte de los Estados Miembros, poseen gran fuerza moral. Esta "Declaración, junto con el "Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos", el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y sus respectivos protocolos opcionales, conforman la "Carta Internacional de los Derechos Humanos". Estos pactos fueron establecidos el 16 de diciembre de 1966 e imparten obligatoriedad jurídica a los derechos proclamados por la Declaración.

⁴ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

vienen a representar en los actuales momentos. Ahora bien, en el ámbito universal, el sistema de protección de los mismos, se centra en la propia Organización de las Naciones Unidas, y en general, por el nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos que surgió a raíz de todo ello.

Además, de que dio al individuo la titularidad de Sujeto del Derecho Internacional y generó de igual manera, la definición de Derechos Humanos con un rango Jurídico particular dentro del Derecho Internacional y ciertamente, tal y como lo afirma la doctrina mayoritaria de los Derechos Humanos, esa circunstancia jurídica, de que el ser humano haya sido reconocido como “sujeto de Derecho Internacional” y “destinatario directo de sus normas”, (titularidad reservada anteriormente sólo a los Estados), es un proceso en formación, desarrollo y constante transformación. En este sentido Faúndez⁵ afirma:

El hecho que el individuo, de ser un mero objeto del Derecho Internacional sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico interno, se haya convertido en sujeto de derecho internacional y en destinatario directo de sus normas, es el resultado de un proceso que aun no ha concluido y que apunta, fundamentalmente, a cubrir tres aspectos, que son: el reconocimiento de derechos individuales que derivan directamente del Derecho Internacional; la Capacidad Procesal del Individuo para hacer valer estos derechos ante instancias internacionales; y la consagración de deberes internacionales que incumben al individuo como tal, y que puede comprometer su responsabilidad penal. De allí que, se afirma que los dos primeros aspectos son los que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el tercero configura el Derecho Internacional Penal y sirve de complemento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Lo que reafirma lo planteado anteriormente, pues en la actualidad, el Derecho Internacional público ha evolucionado y en el transcurso de su

⁵Tribunal Supremo de Justicia, PNUD, Amnistía Internacional y Statoil. *Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos, Manual de participantes para Jueces y Juezas*, Primera edición. Editorial Colson C.A., Venezuela 2004. p. 150.

transformación y desarrollo se ha incluido en él, nuevas ramas dentro de sus categorías, siendo una de esas nuevas ramas, “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Así las cosas, la finalidad de esta última, es la protección del “individuo”, por tal motivo se reconoció que el mismo, forma parte de los sistemas internacionales, por ser un “sujeto de derecho”, y en consecuencia, ha adquirido todos los efectos jurídicos que esto conlleva.

Asimismo, se entiende de lo señalado por el autor⁶, que entre esas derivaciones que surgen a partir de la nueva concepción del individuo en el plano internacional, se destacan 3 aspectos fundamentales y es que ciertamente, no solamente se adquiere el reconocimiento de los Derechos Humanos, y su posibilidad de hacerlos valer, tanto en ámbito interno de los Estados, como en el plano internacional, sino que también, adquiere responsabilidades por tal reconocimiento.

De allí, que si incumple las mismas, debe responder ante las instancia respectivas, en principio dentro del derecho interno de los Estados y en última instancia y en todo caso, ante el sistema penal internacional, que está constituido actualmente por la CPI⁷, creada por el ERCPI⁸, con lo cual viene a coadyuvar con el sistema de protección de los derechos humanos. Por otra parte, cabe destacar que en la actualidad, los Estados, son los Principales responsables del respeto y garantía de los Derechos Humanos en general, por que se obligan, de acuerdo a sus Constituciones y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que suscriben.

En este sentido, Venezuela no es ajena a esta realidad, por ello se diseñan políticas para la adecuación de los Instrumentos Internacionales que suscribe y ratifica sobre la materia, por vía legislativa para su incorporación al Derecho Interno, cuando así lo requiera el mismo, como una fórmula de garantía, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, evitando de

⁶ Cit.

⁷ Corte Penal Internacional

⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

esta manera que se produzcan violaciones reiteradas y graves a los mismos, pues de lo contrario, el principal efecto sería la impunidad.

En consecuencia, siendo Venezuela, un Estado parte, de los Sistemas Internacionales de los Derechos Humanos, valga decir, del Sistema Universal, de la Organización de las Naciones Unidas y del Sistema Regional Interamericano, de la Organización de Estados Americanos y habiendo suscrito y ratificado la mayoría de Instrumentos Internacionales, tanto en el ámbito universal, como en el ámbito Regional sobre esta materia, es que se aborda en el presente trabajo, lo relacionado a la validez de los tipos penales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En este mismo orden y dirección, se desarrolla desde el punto de vista de la responsabilidad estatal sobre la adecuación legislativa para la incorporación al Derecho Interno, puesto que además, dicha obligación se evidencia en el propio ERCPI, de allí que asumió compromisos internacionales que se desprenden del texto en mención, desde el momento de su suscripción y ratificación. Con este argumento y para entender un poco la responsabilidad que asumen los Estados al suscribir y ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos, se puede enunciar; la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2 que establecen lo siguiente:

Artículo 1 Obligación de respetar los derechos: Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su Jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para los efectos de esa Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los Derechos y Libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ahora bien, el ERCPI, es uno de los Instrumentos Internacionales más importante en la historia reciente, en cuanto a protección internacional de los Derechos Humanos se refiere, ya que por primera vez, la humanidad cuenta con una instancia de carácter penal para investigar y castigar en el ámbito internacional y de forma permanente, las más graves violaciones a los Derechos Humanos, pero, es claro que dicho Instrumento Internacional, se sigue por ciertas reglas de aplicación, de acuerdo al Derecho Penal Internacional, de tal manera que, habiendo entrado dicho Estatuto en vigencia el 1º de julio del año 2002, sólo se ocupa de los crímenes que se cometan después de esta fecha, (lo que denomina la doctrina dominante, como competencia en razón del tiempo o “*ratione temporis*”⁹, de la CPI, desarrollado en el artículo 11 del ERCPI).

En el mismo orden de ideas, el ERCPI, indica además, que el ejercicio la jurisdicción internacional por parte de CPI, está sujeta a la subsidiaridad, es decir, está concebido como un mecanismo complementario del Derecho Interno que sólo debe activarse, en cuanto a la competencia que tiene para conocer la CPI en el ámbito de la jurisdicción internacional, bajo

⁹ La competencia *ratione temporis* se encuentra definida en el art. 11 e indica que la Corte sólo entenderá respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, es decir a partir del 1 de julio de 2002. Es aquí donde se observa un ámbito reduccionista de la competencia de la Corte, que no puede dirimir sobre crímenes tipificados en su Estatuto pero que se hayan cometido con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo, se establece la irretroactividad de la competencia de la Corte en su dimensión jurisdiccional. La irretroactividad de la competencia de la Corte, ha sido uno de los temas de mayor polémica. Por un lado, se han querido superar las críticas de los Tribunales antecesores, que han sido creados con posterioridad a la comisión de las acciones, y que retrotraen la ley penal al momento de la comisión de los hechos bajo el argumento de que los delitos ya estaban prohibidos por el Derecho consuetudinario ya sea Penal o Internacional. Sin embargo, con la irretroactividad de la competencia de la CPI, quedan impunes las dictaduras y las guerras del siglo XX y del recién iniciado siglo XXI. Ha sido difícil un consenso de opiniones al respecto, habiendo triunfado la tesis de la irretroactividad, que garantiza la seguridad jurídica pero que, oportunamente, también propicia la confianza en los Estados llamados a ratificar el Estatuto y que así obtuvieron garantías de que determinados actos cometidos con anterioridad no serían investigados y juzgados por la Corte. Por otra parte, nada impide que los delitos internacionales cometidos en el pasado sean enjuiciados por otros Tribunales con competencia para ello, sean tanto Tribunales creados *ad hoc* como el caso de la ex Yugoslavia o Ruanda, o Tribunales nacionales que entienden bajo el principio de jurisdicción universal (art. 10 y art. 22.3 Estatuto de la CPI).

determinadas reglas, tal y como, se desprende del penúltimo o del décimo párrafo del preámbulo y de los artículos 1 y 17 del propio ERCPI.

Por consiguiente, solo cuando los Estados no quieren o no pueden investigar los hechos en cuestión, se activa la competencia de la misma. Ahora bien, en lo que respecta, a los tipos penales del mencionado instrumento, es de inferirse que deben ser aplicados en el Derecho Interno de cada país, por sus tribunales, con la debida interpretación y adecuación legal, pero ese carácter complementario es entendido, a juicio de algunos autores, como una posibilidad real de fortalecer la Administración de Justicia nacional en los casos de crímenes graves contra los Derechos Humanos. Tal y como lo señala Sancho¹⁰:

La ratificación del Estatuto de Roma puede llegar a ser un apoyo para el Poder Judicial. Siendo la competencia de la Corte complementaria a la de los Tribunales nacionales, esta podrá tratar un caso solamente cuando los tribunales nacionales no quieren o no pueden hacerlo. Los únicos casos donde la Corte podría sancionar a una persona ya juzgada por un Tribunal son: a) **Cuando** el propósito del proceso nacional fue eximir al acusado de su responsabilidad penal; o b) El proceso no cumplió con las garantías internacionales del debido proceso. El hecho de que cada país prefiere que sus nacionales sean juzgados por sus propios tribunales puede incentivar a los gobiernos a respetar su independencia y el ejercicio del debido proceso con el conocimiento de que en caso contrario el acusado/a puede terminar ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Desde la perspectiva de la impunidad, el gran avance del Estatuto de Roma no será la sanción de violaciones graves de los Derechos Humanos por parte de la Corte, la que tendrá capacidad para tratar solamente una fracción de los delitos cometidos; el gran avance será que los tribunales nacionales se ven obligados a ejercer la justicia y sancionar estos graves delitos.

Todo ello supone que la mayoría de los países adecuen su legislación doméstica; de manera que permita a los Jueces nacionales tener competencia para juzgar, en la jurisdicción interna crímenes de ese tipo. En el caso de Venezuela, es evidente que esa adecuación legal aún no ha

¹⁰ Elena Sancho, investigadora de la Comisión Andina de Juristas (C.A.J.), citada por el Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos, Manual de Participantes para Jueces y Juezas 2004. p.212.

ocurrido, a pesar de haber sido uno de los primeros países en ratificar el ERCPI.

De tal manera, que el planteamiento anterior, sustenta el enfoque del presente proyecto de investigación, ya que, en lo que respecta a Venezuela, se hace necesario analizar la normativa interna y específicamente lo referente al principio de la Legalidad de la pena aplicable en el Sistema Penal, de conformidad con el Código Penal vigente, así como las posibles soluciones para la debida adecuación al Derecho Interno y específicamente al Sistema Penal Vigente del mencionado Instrumento Internacional.

Así mismo, se hace necesario analizar las diversas razones esgrimidas por la doctrina patria, que si bien, son contundentes hacen difícil su aplicación en el sistema penal vigente venezolano, pues, se plantean obstáculos en la plena aplicabilidad del Estatuto en Venezuela, por alegatos tales como; que la normativa interna existente, impediría sus posibilidades de aplicación, ya que por ejemplo, en la misma se plantean casos como: la prohibición de extradición de ciudadanos venezolanos; y la imposibilidad de utilizar el término penal "Crimen", pues, en Venezuela se utiliza el término "Delito".

Igualmente otro de los impedimentos aducidos, es el hecho de que las penas establecidas en el Estatuto no tienen un límite máximo y un mínimo, como lo establece las reglas de aplicabilidad de las penas en Venezuela, (Principio de legalidad de la Pena) de conformidad con el Código Penal Venezolano Vigente¹¹, entre otros. Por todas las razones antes expuestas, se hace urgente analizar esta problemática, a fin de darle respuestas a las interrogantes que se derivan del presente tema y así llegar, a la adecuación y debida aplicación del mencionado Estatuto.

¹¹ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.768, Código Penal Venezolano del 16 de Marzo de 2005.

Formulación Del Problema

De acuerdo a la argumentación jurídica de Marras es necesario preguntar: ¿Cuál es la validez de los Tipos Penales tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el Derecho Penal Venezolano vigente?

Sistematización:

- ¿Cuál es la definición legal y doctrinal del vocablo “crimen” y “Delito”?
¿Cuáles son los elementos que constituyen la validez de la palabra crimen? ¿Cuáles es el criterio que orienta a la Sala Penal Venezolana del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales del Estado Venezolano?

Objetivos

Objetivo General

- Identificar la validez de la aplicación de los tipos penales tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el Derecho Penal Vigente Venezolano.

Objetivos Específicos

- Analizar la definición doctrinal y legal de la palabra “crimen” y “delito”
- Determinar los elementos que constituyen la validez de la palabra crimen y delito.
- Analizar el criterio jurisprudencial y doctrinal, tanto patria, como foránea (Derecho comparado), en relación a la aplicabilidad del Estatuto.

Justificación

La justificación, desde el punto de vista teórico, viene dada por la profundización de los contenidos referentes al tema en estudio, y en consecuencia a la necesidad de ampliar el conocimiento en esta materia, para que, a partir del mismo se oriente hacia la posible solución del problema. De igual manera, para que sirva de base a futuros trabajos de investigación, desde el punto de vista doctrinal y social.

Así mismo, se pretende iniciar una oleada de precedentes que coadyuven a la adecuación del Estatuto al derecho interno, por cuanto Venezuela es responsable Internacionalmente por su omisión, y por tanto tiene la obligación de incorporar al Derecho Interno, las reglas asumidas mediante su suscripción y ratificación, para que en el ejercicio de su jurisdicción castigue las conductas tipificadas, como crímenes, por el mencionado estatuto y responder de esta manera a un clamor social, para que no haya más impunidad en Venezuela en relación con crímenes internacionales.

Alcances y Limitaciones

La finalidad del presente estudio, encuentra su razones en la temática escogida y está dirigido a analizar y determinar la validez de la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional en el marco del Derecho Penal Venezolano Vigente, y en caso de ser necesario establecer las posibles formas legales de adecuación del mismo en el Derecho Interno de Venezuela, para la aplicación del mismo en el sistema penal venezolano vigente.

Se pudieran presentar limitaciones en cuanto a la escasa bibliografía que pudiera existir sobre la materia, por cuanto el mencionado Instrumento Internacional es de promulgación reciente, a lo que se puede sumar entre las posibles limitaciones la escases de interés del tema en la dinámica legislativa que se desarrolla actualmente en el país y el tiempo necesario para profundizar en un tema tan polémico y politizado.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

Antecedentes Históricos:

Para iniciar un lógico análisis del tema, es importante abordar algunos trabajos anteriores relacionados con el mismo y sobre todo en su especificidad. En cuanto al problema planteado, se han escrito algunos trabajos, sobre diversos tópicos, relacionados con el ERCPI, pero como la cuestión propuesta reside única y exclusivamente en la validez de los Tipos Penales internacionales del instrumento, dentro del ámbito del Derecho Penal Venezolano, sólo se indicaran algunos relacionados con el problema planteado:

A partir de la década de los 40 del siglo pasado, se dio un cambio de paradigma, desde el punto de vista de los principios básicos del Sistema Internacional Clásico, por cuanto, tal y como se indicó en el capítulo anterior, se debió a la existencia de una serie de crímenes que eran inaceptables desde el punto de vista de la conciencia humana, todos ellos, ocurridos durante la primera y la segunda guerra mundial. En consecuencia, debido a tales circunstancias, se produjo como resultado, que la comunidad internacional a través de sus representantes se sentaran y estipularan qué hacer en esos casos, pues era necesario poner un límite a los desmanes que pudieran originarse en un conflicto.

De tal manera, posteriormente y producto de la creación de ciertos tribunales ad hoc, tales como el tribunal de Núremberg¹², (cuya carta fue aprobada y acogida por la Organización de las Naciones Unidas, en su momento), las potencias vencedoras acordaron crear desde entonces, una instancia jurisdiccional específicamente destinada a procesar y castigar a aquellos crímenes graves en el ámbito internacional. Desde ese momento, según lo afirmado por la doctrina mayoritaria, la aspiración había quedado estancada, hasta llegar a la década de los noventa donde volvió a la palestra con fuerza tales aspiraciones.

Luego se da la conmoción que ocasionaron sucesos gravemente atentatorios contra los derechos humanos, tales como; la llamada limpieza étnica, los genocidios y otros ataques graves ocurridos, primero en el territorio de la antigua Yugoslavia en 1991 y poco después, en Ruanda en 1994¹³, la cual dio lugar para que el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas creara los Tribunales ad hoc destinados a esclarecer los hechos y castigar a los responsables, (que de acuerdo a las afirmaciones de la doctrina mayoritaria sobre la materia, viola el principio del Juez natural), pero representan en la actualidad inicios concretos (verdaderos hitos históricos del Derecho Penal Internacional).

De allí, que más allá de soluciones concretas a tan dramáticos acontecimientos, la comunidad internacional retoma con más seriedad la

¹² El Tribunal de Nuremberg dio origen a la Justicia Internacional, es visto como un hecho inédito, que levanto innumerables polémicas. En especial, para los condenados, con métodos censurados, dada las características de los imputados de ideas provenientes del nazismo y porque no sólo se juzgo a jefes militares nazis sino, a colaboradores civiles; médicos, intelectuales, empresarios. Los crímenes contra la humanidad no tienen prescripción, razón por la cual, si a pesar que han pasado más de sesenta años alguien condenado fuera hallado hoy, sería detenido. Pero, lo que mostró este Tribunal, más allá de los aciertos y errores, es que los militares son una parte de todo proceso.

¹³ El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron instituidos el 11 de febrero de 1993 y el 8 de noviembre de 1994, respectivamente, por decisión del Consejo de Seguridad para enjuiciar a las personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario. La finalidad del Consejo de Seguridad era poner término a tales violaciones y contribuir a restaurar y a mantener la paz. Con el establecimiento de los dos Tribunales *ad hoc* se ha dado, sin lugar a dudas, un gran paso en esa dirección y se da a los autores de dichas transgresiones y a las víctimas la inequívoca señal de que ya no se volverá a tolerar tal comportamiento. La competencia del TPIY abarca crímenes como: 1. las infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949; 2. las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra; 3. el genocidio y 4. los crímenes de lesa humanidad. La competencia del TPIR concierne: 1. al genocidio; 2. a los crímenes de lesa humanidad y a las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II.

pretérita pretensión de la creación de una instancia jurisdiccional propia y de manera permanente para todos los sucesos que se presenten dentro de ese contexto a partir de la creación del tratado correspondiente. De tal manera que, tal y como lo afirman la doctrina dominante sobre la materia, esos fueron los orígenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo aspecto se tratará a fondo en el presente trabajo de investigación.

Antecedentes Jurisprudenciales:

Continuando se exponen los siguientes aportes Jurisprudenciales. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia¹⁴ se pronunció sobre el tema, al interpretar el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

Artículo 29: Solicitaron a esta Sala Constitucional que fije el contenido alcance y concepto del precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución de la República de Venezuela el cual establece, entre otras cosas, que los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios cuyo texto se transcribe de seguidas: *'El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía'* (Resaltado de la Sala). El concepto de *crímenes de lesa humanidad* data de mediados del siglo XIX. Aunque la primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, no quedaron recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Núremberg en 1945. Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho

¹⁴ Sentencia número 3167, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. 9/12/02. Con Ponencia del Magistrado Manuel Delgado Ocando. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3167-091202-02-2154.htm> (consulta 23/06/2008).

internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Fueron definidos por primera vez en un tratado internacional cuando se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, el cual fue suscrito por Venezuela.

Siendo congruente con la cita planteada, no queda más que agregar que efectivamente, tanto las definiciones de los crímenes y toda la tipificación del mencionado estatuto, así como sus antecedentes, han sido tratados y reconocidos en esos acontecimientos históricos relevantes, producto de la toma de conciencia de la comunidad internacional sobre los peligros que representa dejar en manos de cada Estado la posibilidad de justiciar los mismos, pues la historia ha demostrado que ello, ha traído grandes violaciones de los Derechos Humanos y que por lo tanto, no se puede seguir viendo como un problema aislado de cada Estado, sino que va más allá, pues implica a la comunidad internacional, sobre todo cuando se trata de violaciones a los Derechos Humanos.

Continúa la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia pronunciándose al respecto¹⁵, al aclarar la diferencia que existe entre los delitos ordinarios o comunes y los Crímenes de lesa humanidad, en los términos siguientes:

¿Qué distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad? El Estatuto distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad respecto de los cuales la Corte tiene competencia, sobre la base de los siguientes criterios: 1) Los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático. No obstante, el término "ataque" no denota una agresión militar, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como la deportación o el traslado forzoso de población 2) Deben afectar una población civil. Por lo tanto, quedan excluidos los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar. La presencia de soldados

¹⁵ *Ibíd.*

entre la población civil no basta para privar a ésta de su carácter civil. 3) Su comisión responderá a la política de un Estado o de una organización. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados “escuadrones de la muerte”. Dentro de las mencionadas organizaciones se incluye a los grupos rebeldes. Dentro de los elementos subjetivos del tipo penal, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no prevé un elemento discriminador *sui generis*, en el sentido de que el ataque o acto dañoso esté dirigido a una población civil por motivos nacionales, políticos, raciales o religiosos, lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional, al dictaminar la ausencia de necesidad de un elemento discriminatorio como aspecto esencial de la *mens rea* de la figura de los crímenes de lesa humanidad, así como la irrelevancia de los motivos de su comisión. Sin embargo, este elemento resulta necesario en el caso concreto del delito contemplado en el artículo 7, numeral 1, inciso h, que prevé la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido. También se requiere para su debida subsunción en el tipo, la llamada intencionalidad específica que presupone su comisión con conocimiento de acto o actos contra el bien jurídico protegido, por ejemplo, la vida, la integridad física y moral, de allí que se les atribuya un mayor grado de gravedad moral, es decir, lo que transforma un acto individual en un crimen de lesa humanidad es su inclusión en un marco más amplio de conducta criminal, por lo que resultan irrelevantes los motivos personales que pudieran animar al autor a su consumación. En fin, se trata de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos en forma tendenciosa y premeditada, con el propósito de destruir, total o parcialmente un grupo humano determinado, por razones de cultura, raza, religión, nacionalidad o convicción política. Se reconocen, además, por ser delitos continuos que pueden exteriorizarse en forma masiva. De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los delitos de lesa humanidad consisten en actos de cualquier especie que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento por parte de su autor (o autores) de dicho ataque. Así se consideran de lesa humanidad, siempre que sean generales y sistemáticos, actos como: 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 de los que lo

sufran(...). En conclusión, la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del Territorio Nacional, bien por los particulares, bien por sus autoridades, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público, quien deberá “ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración” (artículo 285.3. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Verificadas dichas circunstancias, el fiscal procederá a ejercer en nombre del Estado la acción penal ex artículo 285.4 eiusdem....

Por tanto según la citada jurisprudencia del máximo tribunal de la República, se ha establecido de manera clara qué se debe entender por uno u otro tipo penal, tanto en el ámbito interno, como a la luz de la Doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. De allí que, esta decisión jurisprudencial, es importante para el abordaje de los diferentes tópicos del tema planteado.

En este sentido, de la interpretación correcta dentro de la jurisdicción interna, aún cuando la citada decisión no es de las denominadas por la Sala Constitucional como “Vinculante”, por cuanto de la misma, no se desprenden tal aseveración, sirve de fundamento para revisar el criterio de Tribunal Supremo sobre el tema, debido a los lineamientos claros y discriminatorios con que desglosa cada uno de los elementos de los distintos tipos penales y entre los que se destaca tanto la gravedad, como la existencia de algunos elementos contextuales que permitiría distinguirlos.

Antecedentes Doctrinarios

Entre los trabajos consultados se encuentra el realizado por Rodríguez¹⁶, que entre muchas cosas hace referencia a lo siguiente:

El Derecho Penal Internacional, al que se está haciendo alusión en este trabajo, pretende hacer frente a la situación, especialmente hoy en día cuando se sabe, por experiencia, que el equilibrio de la armonía internacional puede quebrantarse de un momento a otro, y repetirse las atrocidades, igualándolas o, peor aún, superándolas, lo que pone en riesgo a la humanidad en su conjunto, comprometiéndose la paz y la seguridad a las que todos aspiran, pues se pretende que la convivencia social pueda mantenerse no sólo en el ámbito interno de cada país, sino también el ámbito internacional.

Es claro, y estando en armonía con la cita anterior, que uno de los fines por los cuales la Comunidad Internacional creó la Organización de las Naciones Unidas, fue precisamente para mantener la paz, la seguridad y el respeto y garantía a los Derechos Humanos entre otros, como intereses y bienes propios de la Humanidad en general. De igual manera, se hizo urgente que se concretara la creación de un Tribunal Penal internacional, con jurisdicción internacional, para garantizar en última instancia tales bienes supremos del género humano.

De allí que se hizo necesaria la creación de un instrumento internacional (ERCPI) que regulara la materia referente a la creación de la jurisdicción internacional para el procesamiento y sanción de las violaciones graves contra los Derechos Humanos como un complemento de las jurisdicciones internas de cada estado parte.

¹⁶ Rodríguez Morales Alejandro J. *La Corte Penal Internacional, Complementariedad y Competencia*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, Editorial Melvin, C.A. 2005. P.9.

Antecedentes Legislativos

No los hay, por cuanto este es el primer texto legal especial sobre la materia que se promulga en Venezuela. Aunque, si hay un reconocimiento incipiente de ciertos tipos penales aislados en el propio Código Penal Venezolano, entre los que destaca el delito de desaparición forzada de personas que fue incorporado de manera expresa en la reforma del año 2000 en el artículo “181 A” (ojo reforma del año 2000: reforma según Gaceta Oficial extraordinaria número 5494 de fecha 20/10/2000), actualmente es el artículo 181 A, a partir de la reforma del año 2005 (G.O. N° 5768 Extr. Del 13/04/2005).

Bases Teóricas:

PRINCIPIOS DEL DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL INTERNACIONAL

Es evidente que el Derecho Penal Internacional, es una materia jurídica de enlace entre el Derecho Penal Interno de los Países y el Derecho Internacional y tiene el mismo, origen y fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDDHH) y en el Derecho Internacional Bélico o Derecho Internacional Humanitario (DIH), por lo que es necesario esgrimir y señalar a modo de enunciado los principios rectores que los rigen, pues son de aplicación obligatoria en esta materia y por tanto recogidos en el ERCPI.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, los mismo son por un lado, en cuanto a los derechos Humanos, el principio de progresividad, integralidad, pro homine, la no discriminación, la Universalidad, la complementariedad, entre otros y por el otro lado, están los referidos al derecho interno, entre los que se destacan todos aquellos principios que rigen en el ordenamiento interno de un país, y en específico los que tienen que ver con el Derecho Penal, como lo es, el Principio de Legalidad, las prohibiciones al mismo, tales como la no retroactividad de la ley penal, salvo que favorezca al reo, “indubio pro reo”, prohibición de la costumbre en materia penal, la prohibición de analogía y de las normas penales en blanco, así como el principio de lesividad, el de Derecho Penal Mínimo, el de Taxatividad y la garantía del debido proceso, entre otros.

Además de todo lo anterior dicho, el derecho penal internacional, cuenta con un principio igualmente especialísimo como lo es el de “la jurisdicción universal”, el cual se relaciona con permitir a los Estados partes iniciar investigaciones y enjuiciamientos contra presuntos autores de delitos, incluidos los crímenes graves comprendidos en Derecho Internacional, independientemente de la nacionalidad de la víctima y del lugar donde se hayan cometido los referidos ilícitos penales o hechos punibles.

OBJETIVOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, cabe destacar que el Derecho Penal Internacional tiene como objetivo sancionar penalmente a quienes hayan cometido los hechos punibles más graves que haya sufrido la humanidad, conforme a los estándares establecidos acerca

de aquellas conductas que más afectan al género humano en su conjunto. En ese sentido se apunta Fernández¹⁷ que: "...Se trata del desarrollo normativo de la tipificación de los crímenes, principios y procedimientos que permitan efectuar un juicio justo, mediante mecanismos del debido proceso, a los fines de aplicar las penas correspondientes a los responsables..."

De tal manera, que la finalidad del ERCPI, no es otro, que aclarar y crear las fórmulas adecuadas para evitar la impunidad en este tipo de crímenes, pues no se trata de delitos comunes cometidos por los ciudadanos de cada Estado individualmente hablando, sino de delitos graves cometidos por funcionarios o gobiernos despóticos en contra de sus ciudadanos, o bajo la aquiescencia del Estado, por lo cual se hace necesario que se tomen las medidas acordes sobre la materia, dentro de los ordenamientos internos de cada país que lo hayan firmado y ratificado.

Dentro del contexto anteriormente indicado, se encuentra Venezuela, pues existe dentro de su Ordenamiento Jurídico una Ley aprobatoria del ERCPI y que tal como se mencionó anteriormente, fue publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria 5.507 de fecha 13/12/2000, el cual sirve de fundamento principal al presente trabajo de investigación y será abordada a fondo en desarrollo del mismo.

En otro orden de ideas, es necesario además indicar con respecto a los Tipos Penales, lo sostenido por la Doctrina dominante al indicar que los mismos, no son más que la descripción precisa de las acciones u omisiones que deben considerarse conductas punibles y a las cuales se les asigna una pena. Asimismo, indica la Doctrina sobre la materia, que la obligación de Tipificar los tipos penales, es del Estado, (Ius Puniendi) a través del Órgano Legislativo correspondiente, competencia que se desprende claramente del

¹⁷ Según lo expresado en el proyecto de capacitación de jueces en derechos humanos, Manual de Participantes para Jueces y Juezas. 2004. Cit.p.286.

Principio de Legalidad Penal, (todo lo que no está prohibido está permitido), pues es una de las reglas del Estado de Derecho.

De tal manera, que en cada Legislación, ya sea dentro del ámbito Nacional o Internacional, cada una de las conductas que se pretenden castigar, deben estar previamente tipificadas dentro de un texto legal, o lo que es lo mismo descritas con precisión en la legislación penal, de lo contrario no puede ser castigada como tal. Ahora bien, Amnistía Internacional, en el Informe 2002, citada por Fernández ¹⁸señala lo siguiente:

El Principio de jurisdicción universal permite a los Estados iniciar investigaciones y enjuiciamientos contra presuntos autores de delitos, incluidos los crímenes graves comprendidos en el Derecho Internacional, independientemente de su nacionalidad, de la nacionalidad de la víctima y del lugar donde se haya cometidos los delitos.

Así que, de acuerdo a la cita anterior, se entiende que la palabra crimen y delito son utilizadas como sinónimos a la hora de hablar de tipificación penal. Pero, también es cierto que el consenso de la comunidad mundial sobre el término crímenes, devela que se trata de un uso restrictivo a condenar a quienes la doctrina llama "HOSTES HUMANI GENERIS", es decir, los enemigos del género humano que realizan los peores hechos punibles. Todo ello requiere de una aclaratoria precisa y diáfana, por lo cual se tratara a profundidad en el desarrollo del Trabajo de grado.

¹⁸ *Ibidem*.p.287

MARCO NORMATIVO

El punto de partida o la pauta viene dada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁹ (CRBV) en su artículo 2, cuyo texto expresa el tipo de Estado y sus fines supremos, entre ellos, la preeminencia de los derechos humanos, y la forma del estado venezolano, al establecer que se constituye en un “Estado Democrático, social, de Derecho y de Justicia”, además de ser reafirmados en el artículo 3, 19 y 21 al referirse a la obligación de garantía que tiene el Estado venezolano, en cuanto a los derechos humanos y donde la misma debe fundamentarse en el principio de progresividad, indivisibilidad e interdependencia y sin discriminación alguna.

Es decir, que a medida que van surgiendo nuevos derechos o se vaya ampliando la esfera de un mismo derecho o las garantías ya existentes van surgiendo nuevos reconocimientos automáticos, estén en una norma derecho interno o no. De igual manera, el artículo 22, establece el carácter enunciativo o abierto, que va en concordancia con lo anteriormente señalado, porque establece que la enunciación de los derechos reconocidos por la CRBV, no son óbice para excluir otros que no estén expresamente mencionados en ella, asimismo, el 23 continúa aclarando el panorama al señalar el carácter ejecutivo de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos al establecer que:

(...) tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta constitución y las Leyes de la República y son de

¹⁹ Cit.

aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos de los poderes públicos.

Siguiendo con el mismo texto Constitucional venezolano, el artículo 29 consagra a propósito del tema, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, lo cual está igualmente en concordancia parcialmente, si se quiere con el artículo 29 del mencionado ERCPI. En fin, el texto CRBV, afirma desde el mismo preámbulo el propósito de preservar la paz. Luego, entonces corresponde a la Legislación Penal, especialmente a los Códigos brindar una tutela efectiva a esos bienes jurídicos, como lo son los derechos humanos y demás valores supremos.

Por último pero no menos importante, tenemos la ya mencionada Ley aprobatoria del ERCPI²⁰, cuya creación se hizo para sentar las bases adecuadas, a los fines de impedir la impunidad de los crímenes más dañinos al género humano y por supuesto, tal propósito ha sido también recogido y adaptado en la CRBV, tal y como se evidenció del artículos señalados anteriormente. Asimismo, “el Código Penal venezolano vigente²¹”, en lo que al “Sistema Penal venezolano” se refiere, establece específicamente en el artículo 37, el principio de legalidad de la pena aplicable, cuya redacción es clara y entra en conflicto con las penas aplicables a los tipos penales previstos en el ERCPI.

De allí que, ciertamente, “las penas de privación de libertad” aplicables en Venezuela, (según el artículo de marras), oscilan entre dos límites, “un mínimo” y “un máximo”, cuya pena por aplicar es el término medio, que resulta de la sumatoria de ambos límites y divididos entre dos, (claro está, en circunstancias normales y si no median entre otras cosas, las agravantes o las atenuantes). Por otro lado, en “el sistema penal internacional”, se aplica

²⁰ Cit.

²¹ Código Penal Venezolano. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.768, del 13 de abril de 2005.

una pena única, es decir, de acuerdo con el artículo 77 del “ERCPI”, en cuanto a “las penas corporales” aplicables a los delitos previstos en el artículo 5 eiusdem, en el literal “a” dispone que no excederán de 30 años, pero también establece la pena corporal a perpetuidad en el literal “b” eiusdem, al disponer dicha aplicación en la forma siguiente: “cuando así lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. De allí, que no indica un mínimo, ni un máximo, cuestión está que es discutible desde el punto de vista de los Principios: de Legalidad de las penas, del Derecho Penal Mínimo, de la Taxatividad, entre otros principios y garantías aplicables en Venezuela.

Ahora bien, es necesario igualmente, tomar en cuenta cómo clasifica el Código Penal Venezolano, las conductas delictivas, cuestión esta, que resalta del artículo 1, cuando señala que: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la Ley o con pena que ella no hubiere establecido previamente. “Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas.”, (subrayado y comillas de la autora) la cual hace alusión al sistema estructural denominado bipartita, sobre la clasificación de los tipos penales, al dividirlos en “delitos” y “faltas”, pero no hace mención expresa de la palabra “crimen”.

De tal manera, que el mencionado artículo 1 del Código Penal Venezolano Vigente, no solamente contempla el principio de legalidad existente en el Derecho Penal Venezolano, sino que además clasifica los hechos punibles en “delitos” y “faltas”, no haciendo mención expresa a la palabra “crimen”, lo cual es otra de las limitaciones a la hora de aplicar el mencionado instrumento internacional, puesto que la doctrina internacional mayoritaria insiste en denominar como “crímenes”, a los hechos más graves, que repugnan a la conciencia humana, por tal razón, dicha afirmación merece un análisis interpretativo a la hora de adecuar el ERCPI al

ordenamiento jurídico interno, a los fines de su aplicación en el sistema penal venezolano.

Ciertamente, entonces, es claro que desde la perspectiva de la Doctrina Internacional, y del propio ERCPI, las conductas tipificadas en el mismo como “crímenes”, no son más que todas aquellas valoradas por la Comunidad Internacional, como “graves”, es decir, se trata de conductas que además de cumplir con los requisitos o elementos que conforman el delito, tales como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, entre otros, debe tratarse de acciones u omisiones que conduzcan a la perturbación de las relaciones pacíficas, la paz, la seguridad de las naciones, entre otras cosas. Es así, que lo pretendido en el presente proyecto investigativo, no es más que aclarar y tratar de buscar una solución a los problemas que presenta la aplicabilidad del mencionado estatuto en el ordenamiento jurídico interno.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

Corte Penal Internacional: Es un Tribunal Internacional que constituye una garantía para el cumplimiento de la obligación natural de las jurisdicciones nacionales de perseguir y sancionar a los responsables que han cometido los Crímenes internacionales previstos en su Estatuto. (Pág. 71), Alejandro J. Rodríguez Morales, “La Corte Penal Internacional.

Derecho Penal Internacional: Es aquel sector del ordenamiento jurídico que se compone de normas punitivas internacionales, que tipifican crímenes, establecen penas determinan las responsabilidades penal de los individuos, con el objeto de salvaguardar, ante la posible impunidad de lesión” (Pág. 26) Alejandro J. Rodríguez Morales, La Corte Penal Internacional.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Es la fuente primordial del Derecho Penal Internacional... que puede considerarse como un Código que resume el consenso mundial, acerca del procedimiento, los principios penales y los Crímenes que han sido tipificados. (p 287) Fernando M. Fernández, en Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos. Manual de Participantes para Jueces y Juezas.

Tipos Penales: No son más que Modelos de conducta escogidos por el Legislador, para ser castigados con una Pena y los escoge, en razón de una serie de valoraciones, sobre todo desde el punto de vista social, y dichas conductas deben ser graves... Angel Edecio Cárdenas dado en la Cátedra de Derecho Penal Superior de la presente especialización, 2007.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Es definido como: ‘...aquella rama del derecho internacional que se ocupa del establecimiento y protección de los derechos humanos y de la protección de individuos en caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos. (p 9). T Buergenthal, C Grossman C y P Nikken: Manual Internacional de Derechos Humanos, 1990.

Tratados Internacionales de derechos Humanos: A diferencia de los tratados tradicionales de derecho internacional, los tratados sobre derechos humanos son acuerdos de voluntad celebrados por Estados, los cuales se obligan a observarlos, mientras que los individuos se hacen acreedores de los derechos en ellos contemplados...La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CID) ha expresado que: ...‘los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y, en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes.’²²

²²Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos. Manual para la aplicación de los Instrumentos Internacionales. 2004. P.15, 16.

CAPITULO III METODOLOGÍA

Diseño

Atendiendo el problema planteado y los objetivos propuestos, en el presente estudio se incorporó o se utilizó el tipo de investigación denominado documental y en este sentido, Cázares, Christen, Jaramillo, Villaseñor y Zamudio²³, señalan que:

La investigación documental depende fundamentalmente de la información que se recoge o consulta en documentos, entendiéndose este término, en sentido amplio, como todo material de índole permanente, es decir, al que se puede acudir como fuente o referencia en cualquier momento o lugar, sin que se altere su naturaleza o sentido, para que aporte información o rinda cuentas de una realidad o acontecimiento.

De tal manera que, es evidente que de acuerdo a la cita en comentario y en general, a la doctrina predominante en la materia, la investigación en el trabajo a desarrollar es netamente documental, pues la misma tiene como norte el desarrollo de actividades dirigidas a investigar la validez de los Tipos Penales Tipificados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

²³ Cázares, Christen, Jaramillo, Villaseñor y Zamudio "Técnicas Actuales de la Investigación, en la Investigación Documental". México, Trillas. 1980.p.18

en el Derecho Penal Venezolano, de allí que, se acudirá en su totalidad a la base teórica o información obtenida o consultada en documentos textos contentivos de la normativa legal, la doctrina y jurisprudencia entre otros. Es decir, las fuentes documentales, pueden ser entre otras,: documento escritos, como libros, periódicos, revistas, actas notariales, tratados, encuestas y conferencias escritas; documentos fílmicos, como películas, diapositivas, fílmicas; documentos grabados, como discos, cintas y casetes, incluso documentos electrónicos como páginas web, entre otros.

Tipo De Investigación

Asimismo, dentro de ese contexto, la mencionada investigación por desarrollar en el presente estudio propuesto, fue de tipo aplicada, porque tal y como lo señala Barrantes²⁴, “La investigación aplicada, tiene por finalidad la solución de problemas prácticos para transformar las condiciones de un hecho que nos preocupa. El propósito fundamental no es aportar al conocimiento teórico”. Dentro de ese contexto, es necesario investigar acerca de la problemática que pudiera existir en el ámbito del título planteado par ser desarrollado en la presente investigación a los fines de proponer posibles soluciones.

Además de todo lo anterior, según el nivel de conocimiento, este estudio propuesto, es de tipo descriptivo, porque se centra principalmente, en la utilización del método de análisis, necesarios para caracterizar el objeto de estudio, sus características, con posibilidad de combinación con ciertos criterios de clasificación, con el fin de ordenar, agrupar o sistematizar las diferentes matices involucradas en el trabajo. En ese mismo orden de ideas,

²⁴ Barrantes Echevarría Rodrigo.” *Investigación, un Camino al Conocimiento, un enfoque Cualitativo y Cuantitativo*”. Editorial Universidad Estatal a Distancia de San José de Costa Rica. 2001.p.64.

con el fin de reforzar lo señalado anteriormente, Barrantes²⁵ afirma a definir la investigación descriptiva lo siguiente: “Su objetivo central es la descripción de fenómenos. Se sitúa en un primer nivel de conocimiento científico”.

Técnicas de Recolección de Datos

En función de los objetivos definidos en el presente estudio donde se plantea la formulación de “La validez de los Tipos Penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho Penal Venezolano”, ubicado dentro del tipo de investigación de naturaleza documental, se emplearon una serie de técnicas e instrumentos de recolección de datos. De tal manera, que como lo afirma Risquez²⁶: “Las técnicas, son los instrumentos utilizados para facilitar la recolección y análisis de los hechos observados: estos son numerosos y varían de acuerdo con los factores a evaluarse”.

Es decir, que las técnicas no son más que las distintas maneras de obtener la información, siendo así las cosas, la presente investigación por ser de la denominada documental, la misma requerirá de las siguientes técnicas: En principio, de la lectura, además de utilizar subrayado por ser indispensable para resaltar lo importante o fundamental de determinados contenidos relacionados con la investigación, así como, el análisis documental; igualmente, el análisis de contenido con su respectivo resumen analítico, de igual forma, de las técnicas de citas y de notas entre otras, relacionadas con el tema investigado.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Risquez de M. (1998) *Metodología de la Investigación. Primer Manual Teórico Práctico*. Editorial, Universo, de Venezuela C.A Maracaibo, Venezuela. N y N publicidad. 1998. p.56.

Instrumento de recolección de datos

Tal y como lo afirma Barrantes²⁷

La recolección de los datos es un proceso tan importante como los anteriores y requiere de prudencia, paciencia y orden. Esto implica la necesidad de utilizar instrumentos capaces de captarlos tal cual son, con sus medidas apropiadas y su exacto valor.

Por tanto, esta es una tarea fundamental y muy delicada por lo que representa para la investigación, pero además de toda la descripción de marras, es necesario tomar en cuenta los instrumentos y en este aspecto, siguiendo con el mismo autor Barrantes²⁸, señala que “Los instrumentos de recolección de la información deben ser confiables y válidos. Entre los factores que afectan la confiabilidad y la validez están las improvisaciones (no puede tomarse a la ligera la construcción de un instrumento)”.

Valga decir que, los instrumentos no son más que los medios materiales que se emplean para recoger y almacenar la información. De allí que, los instrumentos de recolección de la presente investigación y en atención a la técnica por aplicar en este proyecto investigativo jurídico - social y tomando la respectivas recomendaciones en la materia, en lo referente a la recolección de los datos en la misma y por ser una de las etapas más delicadas, los instrumentos utilizados fueron: los libros, folletos, las conferencias, material mimeografiado, para tomar notas se utilizará hojas y además de contar con la ayuda de medios electrónicos tales como, la unidad de CD, Pendrive, Internet y en general, distintas unidades de ordenadores.

²⁷ Cit.p.140

²⁸ Ibíd.p.141

Técnicas de procesamiento y Análisis e Interpretación

Una vez obtenida y recopilada la información de inmediato debe hacerse su procesamiento, esto implica el cómo ordenar y presentar en la forma más lógica e inteligible los resultados obtenidos. Según Sabino²⁹: “El procesamiento de los datos no es otra cosa que el registro de los datos obtenidos por los instrumentos empleados, mediante una técnica analítica en la cual se comprueba la hipótesis y se obtienen las conclusiones”. Igualmente afirma que: “analizar significa descomponer un todo en sus partes constitutivas para su examen: la actividad opuesta y complementaria a esta, es llamada síntesis, que consiste en explorar las relaciones entre sus partes estudiadas y proceder a reconstruir la totalidad inicial” (s.p). Por otra parte, Barrantes³⁰, señala que:

Por el tipo de plan que refiere un enfoque: tentativo, flexible, ajustable, se trata aquí de seleccionar un procedimiento inductivo, deductivo o ambos a la vez, considerando utilizar herramientas manuales o informáticas más adecuadas para ello. Es una aproximación flexible y ajustable que se prevé con anticipación, más que todo para ordenarse en cuanto a los recursos con que se debe contar.

Se puede inferir que la presente investigación del diseño y del tipo, propuesto al comienzo de este capítulo, (documental, aplicada y descriptiva), manejará datos de tipo verbal procedentes de las lecturas, utilizando las respectivas técnicas de análisis y síntesis, obviamente, con el previo procesamiento automatizado, utilizando programas de Word. En consecuencia, además de lo indicado al comienzo, los procedimientos utilizados principalmente y en aras de organizar los datos obtenidos y la

²⁹Sabino Carlos. *El Proceso de Investigación*. Caracas: Editorial Panapo.1999.p.149.

³⁰ Cit.p.102.

realización su respectivo análisis e interpretación se llevó a cabo de la siguiente manera:

-En primer lugar, se hará la revisión de las Fuentes, donde se realizarán diversas consultas acerca del material hemero-bibliográfico seleccionado, que se adapte a los requerimientos del tema objeto de estudio de la investigación, así como una recopilación de las distintas jornadas, cursos y conferencias en las que el tema ha sido tratado, que permitan inferir de una manera concreta la finalidad deseada con la investigación. Se manejarán procedimientos lógicos (deductivo e inductivo) se elaborarán apuntes, notas necesarias para la consecución lógica de la información.

-En segundo lugar, se organizó la información: La cual prosigue a la fase anteriormente señalada, en la cual se realizará la organización, clasificación, y selección de la información recopilada de manera categórica para que con posterioridad se ejecuten las deducciones para el trabajo final.

-En tercer lugar, se realizó el análisis de la Información: Toda la información recopilada y seleccionada durante el curso de la investigación y que se ha señalado con anterioridad, se someterá nuevamente a un proceso de síntesis analítica, con el propósito de resumir y simplificar los distintos factores influyentes en el estudio realizado sobre el tema planteado.

Se seleccionaron técnicas, métodos y formulas que faciliten el desarrollo de la investigación, tomando en cuenta la doctrina o literatura especial relacionada con la temática planteada. Pero, en este punto es necesario resaltar, además de lo anterior, que siendo el presente trabajo investigativo, dirigido al ámbito jurídico - social, se debe tomar en consideración además, lo afirmado Perdomo³¹ (1988), cuando señala que:

³¹ Perdomo M. Rómulo. Metodología programática de la investigación. Con aplicaciones en las Ciencias Jurídicas. Mérida: Consejo de Publicaciones ULA. 1988. S/P. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho/32772.html>. (fecha de consulta 23/12/2009)

Las diversas escuelas jurídicas han preconizado un determinado método para realizar sus investigaciones, unas dan prioridad a la razón, otras a los hechos. Sin embargo, las siguientes etapas son comunes a todas ellas: Indagación de los hechos; conceptualización Jurídica; tipicidad; hipótesis en la búsqueda de la norma aplicable al caso estudiado; hipótesis en la interpretación de la norma. (Gramatical, histórica, lógica).-Hipótesis en la aplicación de la norma.-Ejecución de la norma (...). (s.p.)

Por lo que al modo de ver de la autora, se tomó en consideración la interpretación lógica, por un lado, y por el otro, la interpretación histórica, propias de este procedimiento y en general todos los métodos adecuados a este tipo de estudio jurídico – social, tal y como lo describe la cita anteriormente.

CAPITULO IV

ANALISIS DE INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

DEFINICIÓN DOCTRINAL Y LEGAL DE LAS PALABRAS “CRIMEN” Y “DELITO”

Son muchas las discusiones y las distintas tendencias que han surgido a partir, de las definiciones de las palabras “Crimen” y “Delito” y si existen o no diferencias entre estos dos vocablos. Por supuesto que, las discusiones más importantes han surgidos desde el punto de vista Legal y Doctrinal. De allí radica precisamente la importancia de este primer punto del presente Capítulo en desarrollo, por ser relevante, a los fines de realizar el estudio correspondiente en el presente Título. Accusso³² afirma que:

Esta palabra designa a cualquier delito grave u acción que infringe la ley. Proviene del Latín Crimen. Además de indicar, delito, falta o culpa (y también, causa o pretexto), designaba a la acusación e inculpación. Es decir, antes de aplicarse al delito cometido, se relacionaba con el hecho de acusar a alguien y, más concretamente con la acusación y posterior decisión judicial. Esta voz latina deriva del indoeuropeo “Kreimen”: acción o efecto de cribar, separación. “Kreimen” está compuesto por “Krei” (separar, cribar, tamizar) y “Men” (producto o resultado de una acción). Así inicialmente, “Crimen” se relacionaba con acción de separar, discriminar, analizar, juzgar. Luego, pasó a designar la acción analizada y condenada.

³²Acuso Ricardo. *Etimologías*. Disponible en: <http://www.abarcusrosario.com.ar/Etim.htm> (Consulta Sábado 30/01/2009).

Pues, tal y como se sabe, la mayor parte del léxico del Español proviene del Latín, como producto de un largo proceso de evolución. Es así que, de la cita anterior, se deduce que la palabra “crimen”, ha tenido diversos significados a través del tiempo y ha sido vista desde distintas vertientes, pero siempre ha estado relacionada con el campo de lo que hoy día, es el Derecho Penal. De igual manera, se indica que la palabra “crimen”, proviene de dos vocablos latinos “Krei” y “Men”, que denotan la acción y su resultado. Por otra parte, en cuanto a la palabra “delito”, el autor citado afirma lo siguiente:

Delito proviene del latín “Delictum”: Delito, falta o error. Esta forma deriva a su vez del verbo “Delinquere”: Delinquir, faltar, cometer una falta. Su sentido primigenio era no cumplir con el deber, dejar algo sin hacer. “Delinquere”, está compuesto por el prefijo “De” (aquí con el significado del “complemento”). Y “Linquiere” (dejar, dejar de lado, dejar donde está, dejar tras sí, abandonar). “Linquiere” deriva de la forma indoeuropea “Leikw”...

Es claro, que la palabra “delito”, tiene el mismo origen Latino, que “crimen” y proviene de dos vocablos compuestos “De” y “Linquiere”, pero su significado aunque igualmente ha variado a través del tiempo, no ha sido semejante desde el punto vista literal al de “crimen”, pues esto se desprende al observar las etimologías de ambas palabras. Ahora bien, el Diccionario de Larousse³³, define a la palabra “delito” así: “(lat. Delictum). Hecho ilícito sancionado por la ley con una pena grave”. Es decir, es el concepto formal de “delito”.

³³Larousse. Diccionario Enciclopédico. Novena Edición. Editorial Larousse. 2003. p.322.

Pero, comienza resaltando lo anterior, que el mismo, es un “hecho ilícito”, cuestión está, que es necesario aclarar, porque para la mayoría de la doctrina jurídica, “el hecho ilícito” es un concepto muy amplio, que abarca no solamente la materia penal, sino también las demás materias, sobre todo en materia civil, pues existen ilícitos civiles; tributarios, mercantiles, penales, entre otros. Pero, siguiendo con la definición en cometario, continúa afirmando, que los mismos, “son sancionados por ley con una pena grave”, lo cual ya lo delimita claramente al ámbito penal e implícitamente enuncia el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Por tanto, en esta definición se evidencia que “delito” no es más que la regulación dada por el Legislador, de las conductas que afectan bienes jurídicos importantes, que tienen consecuencias jurídicas sancionatorias, que puede conllevar a una Pena o una Medida de seguridad, continua la Larousse³⁴, al definir la palabra “crimen” afirmando que: Proviene del Latín “Crimen – minis” y que es “un delito grave, en especial el que conlleva derramamiento de sangre.” Es evidente que ya en esta definición trata a la palabra “crimen” y la palabra “delito”, como si fueran lo mismo, sólo que “crimen”, tiene una connotación importante, debido a las consecuencias que acarrearán su realización en el plano de los hechos.

De allí que, como idea preliminar, se puede deducir de la anterior definición que el “delito” es el género y “crimen” la especie, con ciertos requisitos específicos, donde resalta la palabra “grave”, en este sentido es necesario ahondar más adelante, sobre todo en el segundo y tercer punto de este mismo capítulo, referente a las diferencias y los elementos de ambos tipos penales.

³⁴ Cit.p.299.

Definición Legal de los Vocablos “Crimen” y “Delito”.

Ahora bien, siendo el tema central de la presente investigación “la validez de los tipos penales tipificados en el ERCPI en el Derecho Penal venezolano” y siendo Venezuela, un Estado Parte, del mencionado instrumento legal, por haberlo suscrito y ratificado debidamente³⁵, y por ser además, la fuente legal más importante en los actuales momentos, del Derecho Penal Internacional, se hace necesario citarlo en primer lugar, con la finalidad de establecer el tratamiento legal que le da a ambos vocablos en estudio. Igualmente, es importante aclarar de antemano, que dentro del mencionado texto legal no hay una definición concreta y precisa de ninguno de estos vocablos en comentario, pero se destaca que hace mención general, desde el mismo preámbulo de la palabra “Crimen”, cuando indica que:

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Reconociendo que estos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional...Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes. Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...).

De tal manera que en esta primera parte, el ERCPI, hace mención expresa y reiterada de las palabras “crímenes graves”, dándole cierto énfasis desde el mismo preámbulo al unir ambos vocablos, aunque sin entrar a hacer

³⁵ Ley Aprobatoria del Estatuto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Gaceta Oficial número 5.507* firmado el 14/10/98 y Ratificado 7/06/2000 Publicado el 13/12/2000.

ningún tipo de definición de manera precisa, pero, tampoco hace referencia alguna al vocablo “delito”. De igual forma, en la Parte II, de la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho Aplicable, específicamente en su artículo 5 del ERCPI³⁶, hace especial indicación a los crímenes que son competencia de la Corte señalando lo siguiente:

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de Genocidio; b) Los Crímenes Lesa Humanidad; c) Los Crímenes guerra; d) El Crimen de Agresión (...).

Tal como se observa, vale el mismo comentario dado anteriormente, sólo que del texto citado, se desprende, que además de señalar de manera general la palabra “Crimen”, haciendo énfasis en la mayor gravedad, igualmente realiza una clasificación de los “Crímenes” que son competencia de la Corte Penal Internacional y entra a definirlos en los artículos 6, 7 y 8 eiusdem, dejando claro que la Competencia de la Corte se limita “a los Crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, pero del mencionado texto, no hay una definición legal de la palabra “Crimen”, ni mucho menos define la palabra “Delito”.

Siguiendo con el ERCPI, es necesario indicar, que en la Parte II, en su artículo 9, dispone cuáles son los elementos de los “Crímenes” que debe tomar en cuenta la Corte Penal Internacional, a la hora de interpretar los artículos 6, 7 y 8. Ordenando por tanto, que los mismos, son los que resultaren de la aprobación de la mayoría de dos tercios de los miembros de

³⁶ Cit.

la Asamblea de los Estados Partes³⁷ y se abordaran más adelante dentro de este estudio.

Asimismo, en la Parte III, referente a los Principios Generales de Derecho Penal, en el artículo 22, numeral 2 eiusdem, establece que "...La definición de Crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía...". Es decir, que dentro del mencionado instrumento se refuerza implícitamente el Principio de Legalidad penal, al indicar una de las prohibiciones penales al mismo, además de resaltar el principio de taxatividad de los tipos penales.

Ahora bien, en la Parte IV, el Estatuto hace mención en el artículo 70 de la palabra "Delito", cuando dispone de manera precisa cuáles son los "Delitos contra la Administración de Justicia", pero igualmente indica en artículo 71 eiusdem cuáles son las sanciones "por faltas de conducta en la Corte", lo que pudiera interpretarse que en el ERCPI, existe una clara diferenciación entre los Tipos Penales, por lo menos de manera formal, en cuanto a la clasificación.

De igual forma, de manera implícita se entiende que el mismo, se acoge al denominado sistema tripartito, en cuanto a la clasificación de los tipos penales, pues contempla 3 clases de ellos, a saber "crimen", "delito" y "falta", aunque predomina en la mayoría de las disposiciones la palabra "Crimen, destacándose ciertamente su relevancia, tanto desde el punto de vista sustantivo, como adjetivo a lo largo del articulado del ERCPI. Asimismo y reiterando lo señalado anteriormente, queda claro, que dentro del instrumento internacional en comentario, no existe una definición sobre los dos vocablos en estudio, ni mucho menos de las faltas. En otro sentido,

³⁷ Que dicho sea de paso, ya fueron aprobados definitivamente por la Asamblea respectiva, realizada para tal efecto, en septiembre de 2003.

pasando al análisis de la legislación doméstica, la CRBV³⁸ en los artículos 29 y 271 (1999) establece lo siguiente en su orden:

Artículo 29 El Estado Venezolano estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de los Derechos Humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Artículo 271 En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes...

Resulta claro, al comparar ambos artículos, que el primero pareciera que diferenciara los tipos penales contra los derechos humanos y de lesa humanidad, con los de guerra, al denominar a los dos primeros como “delitos” y el último, como “Crimen”, cuando hace mención a la imprescriptibilidad. Pero, más allá de lo que se pueda ver en ambas disposiciones y en el resto del articulado de la CRBV de 1999, así como, de toda la normativa interna del Estado venezolano, se puede afirmar de antemano, que el Legislador patrio no ha mostrado interés en definir la palabra “Crimen”, ni mucho menos, en aclarar si existe o no diferencias entre esta y la palabra “delito”.

Por su parte, debe indicarse además que, siendo la Jurisdicción Penal Militar parte integrante del Poder Judicial, de conformidad con lo dispuesto en

³⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), *inicialmente publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 36.860, de fecha 30/12/99, posteriormente, fue reimpressa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 5.453 extraordinaria, del 24/03/2000.*

el artículo 261 de la CRBV³⁹, es conveniente hacer el análisis al respecto, sobre el objetivo acá analizado, pues igualmente en dicha jurisdicción especial se hace urgente la adecuación del Estatuto de Roma acorde con el Código Orgánico de Justicia Militar. En ese sentido, la mencionada disposición Constitucional dispone lo siguiente:

Artículo 261. La Jurisdicción Penal Militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas, serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

Se puede evidenciar claramente que el Legislador Constitucional en la norma citada, discrimina de manera expresa entre “los delitos comunes”, “las violaciones a los derechos humanos” y por último “crímenes de lesa humanidad” al referirse a la competencia del juzgamiento de tales tipos penales, pero no los define de modo alguno, solo hace mención en forma discriminada sin entrar a establecer diferencias de manera clara y precisa. Aclara además que dentro de la jurisdicción venezolana, destaca la justicia militar, cuyos lineamientos se siguen por la legislación especial sobre la materia como regla general y supletoriamente se aplica la legislación ordinaria cuando así sea necesario, de allí que indica que en todo caso, en cuanto al proceso penal, se seguirá por las reglas del sistema acusatorio previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, pero de acuerdo con el Código Orgánico de Justicia Militar.

³⁹ Cit.

Finalmente, dentro del mismo contexto normativo constitucional a analizar, resalta el artículo 49 numeral 6, en cuanto al Principio de Legalidad. En ese sentido, es necesario indicar, que en relación a la garantía constitucional del debido proceso, contemplada en la norma indicada, no solamente dispone que el mismo, debe prevalecer en todas las actuaciones de los operadores de justicia y de la administración pública, sino que además, especifica en detalle, cuáles son esas premisas fundamentales que lo conforman.

Ahora bien, Cabe destacar que en ese numeral 6 del 49 constitucional, es donde se hace mención sobre los tipos penales, al expresar de manera taxativa el principio de legalidad penal, pues contempla la prohibición de que “nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que no fueren previstas como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, es decir, lo que se conoce con la expresión latina “Nullum Crimen, Nullam Poena, Sine Lege”. Ahora bien, tal y como se evidencia, en esta premisa latina, se encuentra comprendida la palabra “crimen”, como uno de sus componente y que ha sido traducida como similar al delito, según las razones esbozadas por la mayoría de las corrientes del pensamiento que han estudiado el tema, desde su formulación inicial dada por el Alemán Paul Johann Anselm Feuerbach, en su tratado de Derecho Penal de 1801⁴⁰. De allí que Arteaga⁴¹ al respecto afirma que:

⁴⁰ Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), jurista y filósofo alemán, autor de la teoría del impulso psíquico (psichische Zwang), según la cual el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los criminales, es considerado el fundador de la moderna ciencia del derecho punitivo que sentó las bases del método dogmático para el estudio del derecho penal vigente, pues pretende interpretar el derecho positivo de cada país sistemáticamente. Sus teorías tomaron cuerpo en el Código Penal de Baviera de 1813, que después tendría un gran influjo en otros estados alemanes (Sajonia, Württemberg, Hannover y Brunswich), así como en códigos sudamericanos como es el caso de Argentina. Su aportación fue decisiva para la abolición de la tortura en Baviera (1806), y dejó sentadas las bases para la adopción del sistema de procedimiento público. También fue uno de los primeros estudiosos de la psicología criminal. Entre sus trabajos figuran la Crítica de los Derechos naturales (1796) y el famoso Manual de Derecho común alemán (1801). La escuela dogmática se ocupa del estudio del derecho positivo de cada país interpretado y expuesto sistemáticamente de acuerdo a sus propias características (a diferencia de Carrara elabora una teoría general que otorga pautas al legislador)

⁴¹ Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Undécima Edición Actualizada. Ediciones Liber. Venezuela. 2009.

Históricamente la formulación latina del principio de legalidad se debe a Feuerbach (1775-1833) y no a antecedentes en el Derecho Romano en que se permitía al juez castigar *ad exemplum legis*. El principio se consagra en la Declaración del hombre del Filadelfia (1774) y se señala sus antecedentes en la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra (1215). Es adoptado por la Revolución Francesa, se enuncia en la Declaración de los Derechos del Hombre del 1789, y pasa luego a la mayor parte de las legislaciones de los Estados modernos. Además de lo anteriormente señalado, sólo queda resaltar que dicho principio tiene una evolución histórica bien definida, incluso dentro de los textos y cartas de Derechos que han sido emblemáticas y que representan en la actualidad los hitos más importantes en la historia de los Derechos Humanos en el mundo.

De tal manera que desde el punto de vista del principio de legalidad de los delitos y de las penas desde su origen, hasta la formulación actual, se entiende de dicha expresión latina, que ambos vocablos en estudio son interpretados en la respectiva traducción, como sinónimos. En ese mismo orden de ideas, continuando con el análisis del ordenamiento jurídico interno venezolano, vale la pena seguir destacando en este punto la normativa de la ley sustantiva penal, desarrollada en el Código Penal.

Así pues, el artículo 1 *eiusdem*, dispone que “nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en “delitos” y faltas”. Es decir, que el Legislador penal venezolano, le da fundamentación legal, al Principio de Legalidad de los “delitos y de las “penas” y vale acotar, que además de imponer taxativamente la prohibición, de que nadie puede ser juzgado por hechos, ni castigado con penas, que no estuvieren previamente previstos por leyes expresas, previas, ciertas, escritas excelsas, en la actualidad tal como lo afirma Cárdenas⁴², “la mismas sean justas”, de conformidad con el artículo 2 CRBV.

⁴² Cárdenas Ángel Edecio. Especialización de Derecho Penal. *Cátedra Penal Superior I y II* Universidad Católica del Táchira. 2008.

En este sentido y del análisis del artículo 1 del Código Penal venezolano, se evidencia, tal y como ya se ha indicado, que el sistema Penal Venezolano en cuanto a la clasificación de los tipos penales, se acoge estructuralmente al sistema bipartita, haciendo alusión solamente a “los delitos” y a “las faltas”, al afirmar en el único aparte que “los hechos punibles se dividen en delitos y faltas” y no hace mención expresa de la palabra “crimen”, que responde al sistema tripartito.

Sin embargo, ello, no es suficiente para afirmar que el Legislador venezolano distingue entre los dos vocablos (“crimen” y “delito”), pues pudiera interpretarse al contrario, entendiéndose que la verdadera intención del Legislador penal venezolano, en cuanto a las diferencias de ambos vocablos, no fueron establecidas de manera expresa, porque son entendidas como sinónimos y por ello, no hace ninguna distinción. Resulta igualmente destacable lo establecido por el resto de las disposiciones del Código Penal y en especial lo establecido en el artículo 37, en cuyo contenido se desarrolla lo que la doctrina patria denomina el principio de legalidad de la pena aplicable en Venezuela, donde además de establecer dicho principio, reafirma además el sistema bipartita anteriormente señalado, al indicar los vocablos “delito o falta”.

Pero las mencionadas disposiciones no definen lo que se entiende por delito o por falta, sólo hacen referencia adicionalmente a “los hechos ilícitos” y cabe reafirmar, que de acuerdo al análisis de la doctrina patria, la clasificación establecida de manera expresa en los artículos en comentarios, responden a una mención meramente estructural, producto de un desarrollo esquemático del Código Penal venezolano, más no responde, a una verdadera diferencia sustancial sobre estos tipos penales, porque incluso hay tipos penales de faltas que tienen mayor pena que otro tipo penal identificado como delito.

Verbigracia, las penas de arresto establecidas tanto en el artículo 417, como en el 509 eiusdem, disponiendo para el primer caso, de una pena de arresto entre 10 y 45 días, (por el delito de lesiones personales leves), mientras que en el segundo, dispone una pena hasta 3 meses de arresto, por la falta relativa a la fabricación y comercio de armas de libre comercio, pero sin previo permiso de la autoridad competente. Ahora bien, ciertamente, no se pueda negar que si existe cierta tipificación aislada, referida a violaciones graves de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, en el Código Penal Venezolano.

En este sentido cabe mencionar los relativos a la Desaparición Forzada de Personas, en el artículo 180-A⁴³, cuya tipificación se encuentra igualmente establecida en el Estatuto de Roma, en el artículo 7 literal "i", como un delito de lesa humanidad, cuando se cumplen todos los elementos establecidos en el encabezado de la norma en cometario, cuyo desarrollo doctrinal y legal en cuanto a la tipificación se encuentra precisamente en el Derecho Penal Internacional y vale el mismo comentario para el tipo penal de reducción a esclavitud y la privación ilegítima de la libertad, previstos y sancionados en los artículos 173 y 174 del Código Penal⁴⁴, en su orden.

En fin, es posible citar ciertas disposiciones establecidas en el articulado del Código Sustantivo venezolano que guardan relación con la protección contra las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad y de guerra, pero es de observar, que las previsiones del Código Penal están previstas para ser interpretadas desde el punto de vista del derecho penal doméstico y que su interpretación se complementa con la dogmática penal respectiva, en lo que tiene que ver con los elementos de los delitos comunes y no dentro del contexto propio de la

⁴³ Incluida en la reforma del Código Penal del año 2000. Ahora 181 A, según la última reforma del Código Penal vigente 2005.

⁴⁴ Cit.

legislación penal internacional, ni mucho menos, incluye, desarrolla o remite dentro de sus disposiciones, el texto íntegro del ERCPI.

Lo mismo sucede, al revisar la legislación especial sobre la materia militar, tampoco hace ninguna definición, y se ciñe al principio de legalidad establecido en la legislación ordinaria y en propio el ERCPI. De allí, que se destaca lo dispuesto en los artículos 383 y 6 del Código Orgánico de Justicia Militar⁴⁵, pues hacen referencia a las infracciones militares, indicando que las mismas, se dividen en los delitos y las faltas que estén previamente contempladas en el mencionado instrumento. Aunque, este instrumento legal si define el delito militar y la falta militar, pero sólo desde el punto de vista formal, tal y como se evidencia del artículo 384 y 385 eiusdem.

De tal que manera, que en cuanto a la definición de ambos vocablos en estudio, de la normativa estudiada no se establece nada de manera expresa, por lo que se entiende que el legislador venezolano no ha mostrado mayor interés por el desarrollo legislativo del tema, lo que ha conlleva a una de las problemáticas que existen a la hora de aplicar el ERCPI, uno de los fundamentos de la presente investigación.

Definición Doctrinal

DELITO

En este mismo orden de ideas, en lo que respecta a la no existencia de una definición legal, ni en el orden internacional, ni del derecho interno, es importante resaltar que no es menos cierto que, las mismas son construcciones de Dogmática Penal en ambos contextos y que desde el punto de vista material son el fundamento teórico de la parte general del

⁴⁵Código Orgánico de Justicia Militar (1998). *Publicado en Gaceta Oficial número 5.263. de 17/09/1998.*

Derecho Penal, por la importancia que tiene la Doctrina de la Dogmática, a la hora de interpretar conceptos, según las distintas vertientes doctrinarias, como parte integrante del objeto de estudio de la disciplina jurídico – penal.

Es así que, aunque existen distintas escuelas teóricas dentro de la dogmática penal, (los Causalista, Neocausalistas, los Finalistas, Positivistas, los Normativistas, los Funcionalistas Sistémicos, entre otros) los mismos en su mayoría, tienden a construir una definición de “tipo penal”, de carácter general que pueda ser empleadas por todas las legislaciones, dentro del marco del derecho penal moderno y garantista, por tal razón, es precisamente desde esta perspectiva que se define ambas palabras. Ahora bien, es importante indicar antes de analizar el concepto material de “delito”, el concepto formal del mismo. Es así que Rodríguez⁴⁶ indica que:

Por una parte puede encontrarse un ‘concepto formal de delito’, según el cual es delito toda acción que se tiene como punible conforme a la ley, es decir, toda acción que conlleva una pena. Ahora bien, debe advertirse que, como ya ha sido anotado por la doctrina, una definición como ésta de delito no es más que una tautología, que nada nos dice concretamente. Ello es así por cuanto si se acepta que el delito es la conducta punible, habrá dos extremos cuya respuesta será desconocida; así, que será delito todo aquello que conlleve una pena, y será pena todo aquello que sea consecuencia de un delito; con lo que aún no se ha respondido ni lo que es el delito ni lo que es pena, quedando una laguna en virtud de la referencia cruzada que se ha hecho. Esto es, para ser más explícito, como cuando se busca una palabra en un diccionario y en el significado se hace remisión a otra palabra, la cual, a su vez, remite a la primera, dejando intacta la duda.

En otras palabras, este tipo concepto, no define a fondo lo que es “delito”, pues sólo lo trata de una manera superficial, sin hacer un análisis desde el punto de vista material, con lo cual pudiera afirmarse que la

⁴⁶ Rodríguez Morales Alejandro J. “*Síntesis de Derecho Penal, Parte General.*” Caracas, Venezuela. Segunda Edición. Ediciones Paredes. 2007. Pags.138, 139.

anterior definición guarda más relación con el punto de vista de la corriente del positivismo – formal.

En ese mismo sentido, Soler⁴⁷ sostiene que “*es tan estrecha la relación que media entre delito y pena, que por ello se ha calificado a esta definición, como meramente nominal, y aún como tautológica, esto es, que define idem per idem*”, referido a la remisión de una palabra a la otra y viceversa, es decir, lo mismo es, lo uno que lo otro, cuya aplicación sería, que delito es, toda acción que conlleve a una pena e igualmente, existe una pena toda vez, que sea producto de una conducta delictiva, por lo tanto no aclara el panorama en cuanto a una definición de fondo. Continúa Soler⁴⁸, en la misma obra doctrinaria, indicando al respecto lo siguiente:

(...) El defecto de la definición nominal como instrumento técnico jurídico radica en que no nos hace avanzar, y que más bien pone una especie de tope a la necesidad de saber cuándo debemos imponer una pena a una acción determinada.

Con lo cual se confirma que de la definición anterior no se concluye nada concreto sobre el mencionado vocablo, y persiste la confusión o la falta de contenido conceptual que lo haga distinguir de otros términos jurídicos penales. De allí que el mismo autor⁴⁹ dentro del análisis de la definición de “delito” al abordar el estudio doctrina Jusnaturalista, sostiene lo siguiente:

II Definición Jusnaturalista.- Es muy característica la definición dada por Carrara, según el cual es delito *la infracción de la Ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre,*

⁴⁷ Soler Sebastián (1940/1992 está última se reimprimió). Actualizado Guillermo J. Fierro. *Derecho Penal Argentino*, Tomo I. Decima edición. Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires (TEA).p.275.

⁴⁸ *Ibid.* p. 275,276.

⁴⁹ Cit.

positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Esta definición contiene elementos materiales dirigidos al análisis sustancial de la ley misma en cuanto incrimina un hecho. Carrara intenta con su sistema encontrar y fijar ‘el límite perpetuo de lo ilícito’, límite obligatorio tanto para el legislador, como, por cierto, para el Juez, y que no puede ser trasgredido sin incurrir en tiranía, es decir en la negación misma del derecho... Carrara sienta un criterio esencial y duradero al afirmar que el delito no es un hecho, sino *una infracción, un ente jurídico*, ello es, una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley, una ‘disonancia armónica’ según su elegante expresión, pero además de ese elemento formal intenta criterios de valoración de la ley misma, la cual viene así a quedar sometida a postulados racionales metafísicos, suministrados, mediante deducción lógica, por la suprema ley natural del orden, que emana de Dios.

De tal manera que de acuerdo al análisis realizado por el autor citado de marras, en la definición jusnaturalista predomina la concepción de Carrara⁵⁰, y en la cual resalta ciertos aspectos importante que la distinguen de las definiciones anteriores, pues establece de manera expresa el término “infracción” y “la ley del Estado”, especificando que está última, tiene como finalidad la protección de los ciudadanos, claro está, concibiéndola como el resultado de la actividad humana (legislativa), cuya finalidad es brindarle seguridad a los ciudadanos, y en consecuencia al referirse al análisis del término “infracción”, pues indica que no es más que, el acto expresado y materializado por un ser humano y al cual se le atribuye como delictuoso, porque va en contra del propio Estado (destaca que no emplea el término “hecho ilícito”).

De igual manera, hace mención a ciertas restricciones, por un lado, algunas dirigidas al Legislador a la hora de la creación de la ley, ya que debe tener claro cuáles son esos actos que atentan contra el Estado y que además deben ser sancionables para brindarles la debida protección a los ciudadanos, y por el otro, pone de manifiesto la limitación que tiene el

⁵⁰ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Prefacio a la quinta edición. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1978. p 5 y ss.

interprete de la ley. En este caso, Soler hace referencia específica, al Juez, que a la hora de aplicarla, debe hacerlo dentro esos parámetros preestablecidos legislativamente. En fin, de dicho análisis, se puede inferir que la conducta delictiva, debe estar encuadrada dentro de una ley previamente legislada por el órgano competente y con la finalidad requerida, pero además que en su aplicabilidad debe prevalecer la interpretación teleológica.

En ese mismo orden de ideas, Soler⁵¹, prosiguiendo con el mencionado estudio sobre la definición de delito en las distintas disciplinas expresa que:

También es preciso distinguir el concepto técnico-jurídico del delito del que elaboran otras disciplinas, tales como la sociología criminal y la antropología criminal. Por obra del positivismo italiano con la concepción enciclopédica de la sociología criminal, se difundió la idea según la cual esa ciencia comprendía en su seno la totalidad de las disciplinas que estudian el delito y los medios de luchar contra ella. Por ello se pretendía dar una noción unitaria y válida para todas las disciplinas. Los intentos cumplidos en ese sentido por el positivismo deben distinguirse, por cuanto entre ellos no hay unidad.

Por tanto, para Soler todas las teorías de las diferentes corrientes influenciadas por el positivismo italiano trataron de conceptualizar al delito de manera unívoca, pero los intentos fueron fallidos, puesto que es clara la distinción del desarrollo y concepción de cada una de las tendencias doctrinarias que han estudiado el concepto de delito. Más aún si se toma en cuenta todo lo concerniente a lo desarrollado por dogmática penal en relación con “la teoría general del delito”, que tal y como se ha hecho énfasis en este estudio, es de importancia, pero no es del interés del mismo profundizar por razones lógicas y estratégicas de análisis del presente

⁵¹ Ibid. P.280, 281.

trabajo. Sobre la base de las consideraciones anteriores, Soler⁵²ahonda en el análisis e indica lo siguiente:

Pues bien el intento por establecer ese dato correlativo, ese complemento de la teoría antropológica, lo constituye la construcción de Garófalo sobre el delito natural. Tal sería el acto que ofende los sentimientos morales profundos e instintivos del hombre social. El primer escollo con que Garófalo tropieza es con el consabido argumento histórico: ni un solo de los actos criminales que hoy juzgamos criminales, ni aun los más atroces, ha sido en todos los tiempos y por todos los pueblos tenido por ilegítimo, llegando algunos de los hechos más condenados como el parricidio, a ser una obligación en determinadas circunstancias. Para salvar la dificultad Garófalo cambia el objeto de estudio...investiga si en la humanidad hay *sentimientos* perdurables, cuyo ataque se conceptúe siempre como fundamental lesión humana. El sistema Garófalo, posiblemente contra la voluntad de su autor, se vincula a la teoría del derecho natural. De la exposición de aquélla se deduce inmediatamente un hecho: puede ser exacto que sean delitos las ofensas a los sentimientos de piedad y probidad, pero tropezamos con que, en cuanto concretamente queremos referirnos a determinados hechos, toda orientación se pierde, y sólo nos queda, para guiarnos, el conjunto de leyes penales de una época. Los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos.

De tal manera, que según se entiende del análisis anterior, la teoría de Garófalo⁵³, en la búsqueda por establecer el enlace o el punto de encuentro

⁵² Cit.p.281, 282.

⁵³ Los positivistas también trataron de definir al delito, pero no desde el punto de vista filosófico-jurídico, como lo hizo Carrara, ni tampoco desde el punto de vista jurídico, como lo hicieron los dogmáticos, sino desde el punto de vista natural o sociológico. Garófalo, elabora su doctrina denominada 'teoría del delito natural', por la cual trata de definir a lo que, por naturaleza, era y siempre había sido delito, a través del tiempo y de los pueblos, un concepto sobre lo que es delito por naturaleza, trata de definir el delito natural y comienza a investigar qué hechos, a través de las distintas épocas y pueblos, siempre fueron considerados como delitos, por lo que varía su búsqueda y comienza a investigar qué sentimientos lesionan los delitos, entonces comienza a investigar si hay sentimientos perdurables, cuya lesión siempre hubiese sido considerada como ilícita; y su tarea lo lleva a la conclusión de que hay 2 sentimientos cuya lesión la humanidad siempre consideró delito: el sentimiento de piedad (o benevolencia) y el sentimiento de probidad (o justicia). Conforme a estos razonamientos, Garófalo da su definición: «El delito natural es una lesión en los sentimientos de piedad y probidad, según la medida media en que son poseídos por las razas superiores, medida que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad». Pero advirtió que ciertos delitos tales como los delitos contra el Estado, o los delitos contra la tranquilidad pública quedaban fuera de su definición y sostuvo que esto era correcto, pues ellos no constituían hechos malos en sí mismos, o sea 'delitos naturales', sino que eran 'delitos de creación política', es decir, hechos que a pesar de no lesionar los sentimientos de piedad y probidad, el Estado los prohibía y los consideraba 'delitos', según sus necesidades políticas.

entre la teoría antropológica y la del derecho natural, se consigue con ciertos obstáculos relacionados con la dificultad de explicar y sostener que algunos “actos” sean realmente ofensas en todos los tiempos. De manera que, lo que pudo ser ofensivo en el pasado, puede que no tenga esa misma valoración en la actualidad y ello es así, porque para llegar al establecimiento de las tipificaciones penales, se debe tomar en cuenta o van a depender de las propias necesidades que surgen del seno de la sociedad en determinado momento histórico.

De tal modo que, se pueden encontrar ciertos tipos penales dentro de los ordenamientos jurídicos que caen en desuso, porque la evolución del derecho penal, en muchos sentidos, es más lenta que la propia evolución de la humanidad. Soler sostiene que Garófalo para darle solución y sentido a esa vinculación decide ampliar el trabajo, dirigiéndolo hacia otro aspecto que implique llegar a la solución de la anterior dificultad, y por ello, estudia la posibilidad de la existencia de algunos aspectos importantes para la razón humana y para la moral, cuyas valoraciones o relevancias en cuanto a su protección no cambian a través del tiempo, por tratarse de bienes jurídicos importantes, inclusive para la propia existencia humana.

No obstante, afirma que la crítica primordial de la tesis de Garófalo estriba específicamente en que no existe precisión sobre cuáles son esos hechos contrarios en todos los tiempos a ciertas valoraciones. Allí está la dificultad, pues no hay referencia en la historia sobre ello, de manera clara, y sólo queda en últimas y de todas maneras, revisar las distintas legislaciones a través del tiempo.

Entonces, se puede afirmar que existe una extensa variedad de criterios doctrinarios que van desde la escuela del derecho natural, siguiendo con los clásicos, los finalistas, los positivistas, así como los

materialista que han sentado su posición acerca de la definición del delito, cuya importancia es primordial precisamente en la evolución del derecho penal, pero, no es el objeto de estudio del presente trabajo por las implicaciones que ya se ha reiterado anteriormente. Aunque, si es menester precisar en este punto las conclusiones de Soler⁵⁴, al finalizar el análisis de la mayoría de las escuelas sobre “la teoría del delito”, en lo que respecta a la mencionada definición, y es así, que el mismo afirma lo siguiente:

La noción de delito es siempre un concepto de relación, resultante de comparar un hecho con una valoración social. (...) que se traduce en la ley o en la costumbre que lo prohíbe y castiga, el hecho ‘puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no puede ser reprochado como delito al que lo comete’. En síntesis, el delito no puede ser estudiado, ni aun como hecho, sino en relación con su prohibición, ya que de delito solo puede hablarse, con referencia a una acción, cuando a su respecto, se haya formulado una valoración moral reprobatoria, asumiendo la reprobación esa intensidad específica que caracteriza la pena. Esa valoración no es siempre expresiva de situaciones determinantes de ella. Aun y cuando, a grandes líneas pueda reconocerse la existencia de alguna correlación entre las condiciones de existencia de un grupo humano (pueblos cazadores, pueblos pescadores) y la serie de delitos, es lo cierto que ni aun en pueblos de estructura aparentemente sencilla esa correlación es completa, siendo dable verificar situaciones de real *ceguera legislativa*. Tampoco es verdad que todo sistema esté libre (según debiera ocurrir, de ser cierto el principio) de la presencia de *delitos innecesarios*, creados por prohibiciones aberrantes, que en nada corresponden a exigencias de la realidad.

Es cierto lo afirmado por el autor en su contexto general, pues en principio las conductas tipificadas como tipos penales deben obedecer al requerimiento social producto de las necesidades del conglomerado humano de que se trate. Por tanto, es precisamente, de esa conexión, que se justifica la noción y existencia del delito, que traduce en la tipificación de los mismos en las leyes penales y en consecuencia, reprochables. De la misma forma,

⁵⁴ Ob.cit. p.289-290.

también se puede inferir que de todas maneras, esa verdad anterior, no es siempre es así, en todos los ordenamientos jurídicos, ni en todas civilizaciones de todos los tiempos, porque pueden existir conductas punibles, que no respondan a esas necesidades sociales, por no tener como resultado esa “conexión entre lo realidad social y su respectiva valoración”.

Así mismo, afirma el autor que pudieran encontrarse dentro de algunas culturas o civilizaciones a través de la historia de la humanidad, algunas conductas valoradas moralmente como reprochables, sin embargo, no fueron incluidas dentro de sus ordenamientos jurídicos de que se trate. En fin, es cierto que el delito tiene relacionantes directo con las valoraciones sociales, pero no siempre se han mantienen con tal finalidad, pues dichas tipificaciones pueden caer desuso, debido al desarrollo y a la propia dinámica social. De igual manera y debido a todas a esas complejidades, también puede suceder que acciones humanas reprochables desde el punto de la conciencia y valoración humana, no estuvieren previstas como delitos. En ese mismo sentido, Zaffaroni⁵⁵, haciendo referencia al Código Penal Argentino afirma que:

El delito en el Derecho Positivo. Nuestro Código Penal no contiene ninguna definición de delito y su lenguaje resulta bastante impreciso al designarlo, toda vez que en ocasiones emplea la voz “acto”, en algunas “conductas”, en otras “delitos” y, la más, “hecho”. De esta terminología es muy poco lo que se puede extraer. Dada esta falta de precisión en el vocabulario legal, se ha distinguido entre el delito stricto sensu y delito lato sensu. Por delito stricto sensu se ha entendido el que presenta todos los caracteres a los que nos referiremos en el desarrollo de esta parte, en tanto que delito lato sensu, sería la conducta típica o la conducta típica y antijurídica – que llamamos “injusto penal” -, es decir, la conducta que no es delito en sentido estricto, sea porque le falta la antijuridicidad y la culpabilidad o la culpabilidad solamente.

⁵⁵Zaffaroni, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Editora (EDIAR), Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina.1981. p.11, 12.

Así las cosas, en referencia al Código Penal Argentino, se entiende, que no existe una definición precisa acerca del vocablo delito, ni mucho menos se le identifica con ese solo vocablo, cuestión que al parecer del autor hace que se caiga en imprecisiones, pues con mucha razón hace mención a los distintos vocablos empleados para designarlo resaltando ciertos términos que desde el punto de vista de la interpretación jurídico penal, no son lo mismo, pues su significado puede variar según sea la terminología y la rama del derecho de que se trate, por otra parte, Soler⁵⁶ al referirse a las clasificaciones del delito continúa afirmando lo siguiente:

...Se llama sistema de tripartición, al que admite tres niveles de gravedad (crímenes, delitos y contravenciones) y de bipartición al que solamente distingue delitos y contravenciones, incluyendo en la primera categoría a toda clase de infracciones graves. La importancia de esas distinciones ha sido considerable en otros tiempos, en cuanto esas clasificaciones acarrearán consecuencias penales diferentes, como ser la infamia, la confiscación de bienes. La gravedad de esas consecuencias determinaba que muchos se empeñaran por encontrar un criterio intrínseco o substancial para fundar la distinción. Desde luego, esos anticuados planteamientos estaban condenados al fracaso, puesto que toda distinción de gravedad es la consecuencia de la valoración legal del hecho. La sanción del Código Penal Francés representó en este punto la adopción del sistema tripartito, pero eludiendo las incertezas de la clasificación, la distinción entre crímenes delitos y contravenciones se fundó en la clasificación de las penas: La pena aflictiva e infamante corresponde a un crimen; la pena correccional a un delito; la pena de policía a una contravención (art. 1, 6 y 7), criterio puramente extrínseco y determinados por conveniencias prácticas, especialmente relacionado con la competencia de los tribunales.

De tal manera, así las cosas, según la cita anterior, la distinción dada por el sistema tripartito sobre la clasificación de los tipos penales, tenía clara justificación hasta el siglo pasado. Ahora bien, se entiende que dicha tesis perdió toda valoración doctrinal, al no poder seguir justificando tales

⁵⁶ Cit.p292

diferencias sobre la verdadera existencia de 3 tipos penales, valga decir, “crímenes”, “delitos” y “faltas”, quedando por tanto al descubierto que tal diferenciación sólo se podía explicar desde el punto de vista formal, en relación con la pena a imponer, acuerdo a la disposición legal correspondiente, es decir, que respondería en todo caso, a lo que se conoce como la tesis cuantitativa, desde la perspectiva del quantum de la pena.

Cabe aclarar además, que la tesis de la sustancialidad, a la que se hace referencia, en cuanto a la clasificación de los Tipos Penales según su gravedad, se basa en la denominada tesis cualitativa, sobre las cuales, se ha basado cierto sector doctrinario para explicar la existencia de la clasificación tripartita. Entendiéndose, como aquella que obedece, no solamente a esa valoración legal, sino que en el fondo tales previsiones se corresponden con la gravedad de las consecuencias de las conductas punibles.

Sin embargo, a la luz de un derecho penal moderno, no tiene mayor importancia que la de ser una referencia doctrinal en cuanto a la clasificación de los tipos penales a mencionar en el ámbito académico, lo cual evidencia que hoy día, el primer tipo penal queda incluido dentro del segundo, es decir, los crímenes dentro de los delitos. De allí, que hace presumir el predominio de la clasificación de los tipos penales dada por el sistema bipartito, que solo distingue entre delitos y faltas. Ahora bien, por otro parte se entiende que para el Argentino Sebastián Soler no existen en la actualidad diferenciación entre ambos vocablos en estudio, e incluso que no se justifica tales clasificaciones, por cuanto no son necesarias, por cuanto no existen diferencias sustanciales sobre los mismos. Roxin⁵⁷, al analizar el concepto de delito desde el punto de vista material expone:

⁵⁷ Roxin, Claus. Traducción y notas de Diego Manuel Peña, Miguel Díaz y García Colledo y Javier de Vicente Remesal (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas C.A. Madrid, España. 1997. p.51, 52.

...El concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal, y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar en impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho Penal que aquí se entiende como 'protección subsidiaria de bienes jurídicos'. Sin embargo, hay que penetrar por toda una jungla de cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación.

Por tanto, el concepto material de delito se debe analizar más allá de lo dispuesto en la legislación penal, no sin antes estudiar la propia conducta desde otros parámetros y perspectivas diferentes a las utilizadas en el análisis del concepto formal de delito, para tomar en consideración los criterios que le pueden proporcionar la política criminal, con la que guarda el Derecho Penal una estrecha relación y que explican los objetivos del derecho penal, los cuales salvaguardan de manera accesoria los "bienes jurídicos", tomando en cuenta las distintas tesis y discusiones que existen al respecto.

En efecto, no es simple, delimitar y considerar cuáles son esos "bienes jurídicos" que interesan al derecho penal; aunque ciertamente, la definición de "delitos" debe obedecer a una serie de valoraciones, no solo jurídicas, sino también sociales y políticas, ya que el accionar humano es complejo y depende de del análisis de multifactores, de allí que el mismo autor⁵⁸ entra a detallar y a enumerar cada uno los diferentes tópicos a estudiar entre los que destaca: "la lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad". En este sentido afirma lo siguientes:

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada por el legislador se encuentra en los principios de la

⁵⁸ Cit. p.56

Constitución. Por tanto un concepto de bien jurídico vinculante político criminal sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se les marca límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a 'circunstancias dadas y finalidades' en vez de a 'intereses', de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea, que no se limita a la primera alternativa.

Por tanto, se precisa, que todo parte de esos valores supremos constitucionales, que debe prevalecer dentro de un verdadero estado de derecho, cuyo fundamento son los derechos individuales y en consecuencia, tiene como correlativo las limitaciones obvias que debe tener el "ius puniendi" y todo eso es lógico, sobre todo para la convivencia en sociedad, dentro de una verdadera seguridad y paz social, que en definitiva debe ser la finalidad de todo sistema de derecho penal garantista, democrático. Por tanto, se debe imponer, igualmente a los ciudadanos como sujetos de derechos, las obligaciones correspondientes, para que existe una verdadera armonía social. Por su parte Jiménez de Asúa⁵⁹ al hacer el análisis de la definición dogmática y definición material del delito, partiendo del artículo del Código Penal Español, sostiene lo siguiente:

Formalmente, o mejor dicho dogmáticamente, incluso referido la construcción al taxativo texto de artículo 1 del CP de España, podríamos definir el delito como acto imputable a un hombre, que por suponer injusto y culpable

⁵⁹ Jiménez de Asúa, Luis (2006). *Teoría del Delito*. Iure editores, S.A.de C.V. México. 2006. p.30

describen típicamente las leyes y sancionan con una pena. De manera más analítica y programática, vemos el delito como un acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.

Es evidente que de uno o de otro modo este autor, establece los mismos parámetros o características que definen e identifican la doctrina mayoritaria a la hora de estudiar el delito y aclara la relación de esas características, con la persona del sujeto activo en su accionar.

Además, hace referencia a ciertos requisitos adicionales valorables neutralmente, en determinadas ocasiones, en las que se les pudiera a imputar a una persona determinada, sin necesidad tener que echar mano al análisis de la intención del agente, es decir, sin estudiar si su actuar fue intencional o bajo los presupuestos de la culpa, verbigracia el caso clásico mencionado tanto por el autor *ut supra*, como por la doctrina mayoritaria: “La embriaguez”, donde en ciertas y determinadas circunstancias, no es necesario el estudio del dolo o de la culpa de manera a priori, pues estando el agente en el estado de embriaguez se configuraría un determinado delito, si se produjera ciertos resultados derivados de su actuar, porque se configuraría “una condición objetiva de punibilidad”, como lo denomina la doctrina comentada.

En ese mismo sentido, en cuanto a la definición de “delito” cabe destacar que desde el punto de vista formal no se encuentra previsto de la misma manera en los distintos ordenamientos jurídicos penales, tal y como lo apunta Rodríguez⁶⁰, al hacer un análisis de la doctrina del derecho penal

⁶⁰ Rodríguez Morales Alejandro J. (2007) *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*. Caracas, Venezuela. Segunda Edición. Ediciones Paredes.2007.p.140

comparado, en el cual coincide, con lo que se ha venido afirmando en el desarrollo del presente trabajo, existen diversos tipos penales que han sido despenalizados en algunos Estados y en otros no; e inclusive, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, se presentan variantes, que hacen que no perduren los mismos tipos penales a través del tiempo, lo que conlleva a que se busque un criterio unívoco, desde el punto de vista material para definir el mismo. En ese sentido el autor mencionado, al referirse al tema afirma que:

La elaboración de dicho concepto material, entonces, se debe a la insuficiencia del concepto formal que es además tautológico... Se hace referencia de esta forma a la búsqueda de materialización de una noción de delito, que sea común en cualquier supuesto, por lo que existe en este punto una de las cuestiones que mayor abstracción comporta en el ámbito de la dogmática penal.

Por tanto, es evidente la importancia que tiene la Dogmática Penal, desde el punto de vista del estudio jurídico-penal, como construcción teórica material de la conceptualización necesaria para la aplicación y adecuación de los hechos a los tipos penales previstos por el legislador penal, tanto en el ámbito interno, como en el ámbito internacional. Ahora bien, por un lado, desde el punto de vista material, ha sido reiterada la doctrina mayoritaria (en la actualidad), al definir el “delito”, como toda acción u omisión típica antijurídica y culpable. De allí, precisamente es, de donde han surgido diversas corrientes del pensamiento al respecto, pues a partir de estas premisas, se desglosan los elementos del “delito”, lo cual han conllevado a distintas controversias acerca del mismo.

Ahora bien, cabe advertir acá, que tales argumentos serán desarrollados más adelante, en otro punto, de este Capítulo. Aunque, si es

necesario adelantar que tal y como lo afirma el mismo autor⁶¹, de dicha definición, se deducen 3 elementos:

De tal forma que a partir de dicha noción, puede extraerse los elementos o categorías del delito, pudiendo afirmarse en tal sentido que la estructura que lo conforma está compuesta de la siguiente manera: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y es ese el esquema de la teoría del delito.

Ahora bien, desde el punto de vista material, el concepto de “delito”, tal y como se ha afirmado en este estudio, también ha sido tratado por diversas corrientes del pensamiento jurídico/ penal. Entre otros muchos autores se encuentra el concepto dado por el Jurista Colombiano Reyes⁶², (citado por Rodríguez⁶³) el cual sostiene que el delito es:

Aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como sanción una pena criminal. En un plano estrictamente jurídico, debe entenderse por delito a aquel comportamiento humano, típicamente antijurídico y culpable, conminado con sanción penal.

En esta definición no solamente se hace mención de los 3 principales elementos del delito, sino que toma en cuenta tanto la pena, como las condiciones necesarias para la existencia misma de la comunidad, que dicho sea de paso, tales previsiones garantizar, incluso, la paz social. Por otra parte Arteaga (citado por Rodríguez⁶⁴), afirma que el delito es: “un hecho que, en sí mismo o por su forma, lesiona intereses fundamentales de la

⁶¹ Cit.p.142.

⁶² Reyes Echandia, Alfonso: Derecho Penal. . Jurista Colombiano: (citado por Rodriguez M. Alejandro en su obra de Derecho Penal, parte General (2007).

⁶³ Cit.p.156.

⁶⁴ Cit.p.156, 157.

sociedad, intereses que se consideran básicos para la existencia, conservación y desarrollo del conglomerado social”. De modo que, en esta definición se resalta el daño social que se causa, al lesionar los intereses que se denominan “fundamentales” para la sociedad, pero no toca de manera expresa los elementos del mismo, sin embargo no deja de ser importante por lo esgrimido anteriormente. Rodríguez⁶⁵ señala al dar su propia definición de delito que:

Puede afirmarse aquí, entonces que el delito es aquella conducta que objeta la vigencia de la norma penal que la tipifica (asignándole una pena o una medida de seguridad), desaprobada por el ordenamiento jurídico, imputable a una determinada persona, y que afecte bienes jurídicos derivados de la Constitución (constituyendo un quebrantamiento de la convivencia social), cuya tutela sólo puede ser realizada por el derecho penal.

Es decir, que el delito, no es más que la conducta desarrollada por una persona que contraria “la vigencia de la norma penal que la tipifica” como tal y que conlleva al juicio de reproche dado por el ordenamiento jurídico, porque afectan bienes jurídicos importantes que se encuentra previstos y garantizados desde la misma Carta Magna, es decir, esos bienes jurídicos no son otros que los Derechos Fundamentales o los Derechos Humanos y que como última “ratio”, son protegidos por el Derecho penal doméstico.

De tal manera que tales afectaciones de los mismos, no son que más que violaciones cometidas por los particulares, razón por la cual es necesaria la intervención del Estado, a través del ejercicio del Poder Punitivo, en última instancia y en fin, en cuanto a este punto, se puede afirmar que de acuerdo a las distintas tesis doctrinarias sobre la materia son variados los conceptos que existen sobre “delito”, pues no hay un criterio unívoco sobre el mismo, y en todo caso, toda definición delito, va a depender, del análisis de de

⁶⁵ Ibid.

distintos factores. Aunque ya aquí, en este estado de la investigación, se observan ciertos aspectos que van aclarando los cuestionamiento que se han venido planteando, pero es importante ahondar sobre los otros aspectos para dar una visión integral sobre el mismo.

CRIMEN

Se puede afirmar anticipadamente que para la corriente del pensamiento predominante, la definición del vocablo “crimen”, es tratada en algunos aspectos como sinónimo de delitos y en otros aspectos no, pero más allá de esas consideraciones, se puede asegurar, que el “Crimen”, es visto de manera unitaria por la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos y más específicamente por la Doctrina del Derecho Penal Internacional, como todos aquellos “actos de trascendencia para la humanidad y por tanto, como aquellos más graves”, y esta es la definición legal dada por Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es así que Rodríguez⁶⁶expresa lo siguiente:

En este orden de ideas, debe destacarse, en primer término, que los crímenes internacionales son infracciones especialmente graves, y es por tal razón que se les designa como “crímenes” y no como delitos, debiendo traerse a colación la clasificación de los hechos punibles que hace la dogmática penal en atención a su gravedad y según la cual los mismos pueden dividirse en crímenes, delitos y faltas o contravenciones (advirtiéndose que no todos los sistemas, entre ellos el venezolano, acogen tal división tripartita). Con esto ya se pone en evidencia que no es cualquier conducta la que puede constituir un crimen internacional, sino precisamente una particularmente grave.

⁶⁶ Rodríguez Morales Alejandro J. *La Corte Penal Internacional, Complementariedad y Competencia*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, Editorial Melvin, C.A.2005.p.118.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se entiende que hay una diferenciación clara sobre ambos tipos penales: “los delitos” y “los crímenes”, pero desde el punto de vista del criterio doctrinal cuantitativo, es decir, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, a la cual se refiere la clasificación de la doctrina penal de los tipos penales atendiendo la gravedad del “comportamiento punible”, no se refiere a una diferenciación cualitativa, pues al igual que “las faltas” y “los delitos” se infiere implícitamente, que todos los tipos penales tienen los mismos elementos, valga decir, acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y las demás prepuestos necesarios desde el punto de vista material para su existencia.

De tal manera, que tal aseveración es clara y entendible desde el punto de vista jurídico/penal. Además Rodríguez⁶⁷ continúa indicando al respecto y en los siguientes términos que:

Debe observarse, sin embargo, que respecto a una definición de los crímenes internacionales no hay un acuerdo y en tal virtud suelen confundirse con delitos transnacionales, criminalidad organizada e, incluso, con delitos comunes, por lo que se hace necesario escudriñar cuáles son sus notas esenciales a efectos de darles la calificación correcta y someterlos en consecuencia al Derecho Penal Internacional.

Es evidente entonces, que se complementa con lo aseverado anteriormente pues, no es contradictorio, ya que lo que se objeta, es la confusión que se presenta a la hora de denominarlos de manera específica. Es así, que se nombran indistintamente los tipos penales de “los crímenes internacionales”, con otros de menor magnitud o gravedad o de diferentes finalidades, verbigracia “los tipos penales como los delitos comunes” que surge de las relaciones normales entre los coasociados y cuyas

⁶⁷ Cit.p.118.

consecuencias se encuentran reguladas y desarrolladas dentro del Derecho interno de los países; así como también, con “los tipos penales de la delincuencia organizada” de trascendencia internacional, cuyos alcances van más allá de las fronteras de un país, pero estos últimos tienen una regulación totalmente diferente desde el punto de vista de sus orígenes y consecuencias.

Por ello, es importante que se haga la aclaración al respecto, porque aunque todos son tipos penales, los mismos tienen ciertas diferencias desde el punto de vista del criterio cuantitativo, además de otras diferencias atendiendo el origen y desarrollo de los mismos. Desde esa perspectiva, Rodríguez⁶⁸, señala lo siguiente:

Los crímenes son aquellos delitos que lesionan los bienes jurídicos más preciados por el hombre y que son intrínsecos al mismo, tales como la vida o la integridad física, por lo que son considerados los delitos más repulsivos, más graves, denominándolos crímenes.

En otras palabras, los “crímenes”, son aquellos tipos penales que atentan contra la humanidad y contra la esencia misma del ser humano, y que universalmente son vistos, como todas aquellas conductas atroces que están fuera del contexto de simples “delitos”, regulados como tal por las legislaciones internas de cada país. En ese mismo sentido, el autor Ambos⁶⁹, al referirse a lo que él denomina, la “macrocriminalidad”, establece que:

1. La Macrocriminalidad’, comprende, fundamentalmente, ‘comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de

⁶⁸ Ob.cit.2007.p.159, 160.

⁶⁹ Ambos Kai (2006). *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración Dogmática*. Traducción Ezequiel Malarino. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2006. p.44.

organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva', 'macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional.

Según se ha citado, al abordar el vocablo de "la macrocriminalidad", se entiende que se realiza un análisis de la definición de "criminalidad" desde una proporción mucho más amplia, dentro de un contexto superior al "delito", al indicar que "son comportamientos conforme al sistema", que responden al poder imperante al momento en que se cometen o que se ejecuta, y las consecuencias de esos grandes acontecimientos son de gran importancia para "la guerra y el Derecho Internacional". Por otro lado, el autor citado, trata implícitamente los 2 vocablos ("criminen" y "delito") de manera semejante, cuestión esta que se refleja al referirse de la manera siguiente⁷⁰:

(...) ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas 'normales' de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado. La macrocriminalidad es más limitada que 'la criminalidad de los poderosos' ('Kriminalitat der Marchtigen'), ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los 'poderosos' para la defensa de su posición de poder, y ni estos 'poderosos' ni el 'poder' (económico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder estatal. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de 'político'. De este modo, se rechaza también coincidentemente con Jager la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por tanto, en sentido restringido, 'criminalidad fortalecida por el Estado', 'crimen colectivo políticamente condicionado' o con menor precisión crímenes de estado, terrorismo de estado o criminalidad gubernamental. Aquí se trata siempre de criminalidad 'estatal interna' orientada hacia adentro contra los ciudadanos.

⁷⁰ Ibíd.p.44, 45.

Se trata pues, según lo afirmado anteriormente, por un lado, de diferenciar la criminalidad en 3 clases a saber: “Macrocriminalidad”, “criminalidad normal” y las que denomina como “formas especiales”, siendo esta última la cometida por los grupos denominados “poderosos”, pero que se diferencia de “la macrocriminalidad”, porque no necesariamente ese “poder económico”, tiene que ver con el Estado. En ese sentido asevera que es precisamente la adhesión del elemento “político”, lo determinante, que tanto, las acciones, como las omisiones o aquiescencia estatal, puedan ser vistas, como conductas “macrocriminales”.

Sin embargo, también aclara que en la actualidad, no todas las conductas criminales de magnitud puede ser vistas como “macrocriminales” y que es precisamente ese elemento “político” que le da el fundamento a la definición de “macrocriminalidad política” o “criminalidad gubernamental”, desde un punto de vista restringido, porque se trata de la “criminalidad estatal interna”, hacia sus ciudadanos, es decir, es un concepto que se limita a las acciones u omisiones estatales en el ámbito interno.

Con referencia a lo anterior, se entiende que al emplear, de manera general, la palabra “criminalidad”, toca ambos vocablos en estudio, (“crimen” y “delito”), como si fueran parte de un mismo fenómeno, cuestión está que guarda relación directa, con la Política Criminal, la Criminología y la Sociología, disciplinas que están estrechamente relacionadas de manera integral, con el Derecho Penal moderno. Ahora bien, todo ello conduce a entender que la “macrocriminalidad” si tiene clara diferencias con respecto a los demás tipos penales aquí analizados.

De allí, que el autor ut supra, señala que: “...ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas normales de criminalidad...”, que no son otras que los “delitos ordinarios” que se desarrollas dentro de las relaciones normales entre los ciudadanos y que tienen consecuencias

diferentes. De igual manera, continúa el mismo autor⁷¹ reforzando lo anterior, cuando explica la “macrocriminalidad”, pero en sentido amplio al afirmar que:

Esta comprensión amplia de “macrocriminalidad” se sustenta también en la concepción de los crímenes internacionales tal como ha sido hasta ahora consagrada en los arts. 6 a 8. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio ya no es necesario una relación con conflicto armado para que pueda ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión - también no estatal - determinado, generalizado y sistemático. Respecto de los crímenes de guerra, estos pueden ser cometidos por las partes en conflicto, y por ello penados, no sólo - como “grave breaches” - en un conflicto internacional, sino en todo conflicto armado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del PACG II. Con esto queda en claro que la comisión de los crímenes internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo con un ‘privilegio’ de los actores estatales, sino que pueda conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico - penal de actores no estatales. El concepto de Macrocriminalidad política se debe extender, por tanto según una comprensión moderna del derecho penal internacional a los actores no estatales.

Es evidente que, en la anterior cita trata el concepto de “macrocriminalidad”, pero en un sentido más amplio, sobre todo desde el punto de vista de los denominados “crímenes contra la humanidad” y lo relaciona no solamente con los tiempos de guerra, sino también con los tiempos paz, bastando que cumplan con los requisitos exigidos por la normativa internacional sobre ese respecto, entre otros señala que los mismos deben ser “determinados”, “generalizados” y “sistemáticos”.

Por otra parte, indica que en los tiempos de guerra los “crímenes” pueden ser cometidos, como es obvio, por las partes en conflicto y en consecuencia pueden ser penados por la comisión de los mismos, pero que también abarcan todos aquellos cometidos en cualquier “conflicto armado”,

⁷¹ Ibíd.p.46, 47,48.

no solamente internacional, siempre que sobrepasen el “umbral” del artículo 1 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949⁷². De allí, que el mencionado Protocolo de las Convenciones de Ginebra, no solamente se refiere a los llamados “autores estatales”, sino que también puede acarrear responsabilidad penal a otros “actores no estatales”. Según Santalla⁷³ señala en cuanto a ambas palabra lo siguiente:

Los términos crímenes y delitos son empleados aquí indistintamente. Si bien se reconoce que el término crímenes se ha interpretado en el sentido de denotar una mayor gravedad, el Proyecto de Ley de Implementación del ECPI emplea la denominación de delitos.

De tal manera que revisando el derecho comparado, y específicamente en Bolivia se refleja el tratamiento igualitario, que se le ha dado a ambos vocablos desde el punto de vista de la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuanto a la conceptualización de los mismos, quedando claro que, evidentemente los crímenes son de mayor gravedad según se desprende de la cita. Siguiendo con este mismo orden de ideas, Gramajo citado por Alfonso⁷⁴, en el informe de Paraguay, al definir los crímenes de lesa humanidad, hace una relación de éste, con los otros tipos penales previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y afirma lo siguiente:

⁷² Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra. Estos tratados, universalmente aceptados, protegen a los combatientes heridos y enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles en poder del enemigo. Protegen asimismo a la misión médica, los hospitales, el personal, el material y los transportes sanitarios. Sin embargo, en los Convenios hay lagunas en importantes ámbitos, como el del comportamiento de los combatientes y el de la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades. Para subsanarlas, se aprobaron, en 1977, dos Protocolos, que completan, pero no reemplazan, los Convenios de Ginebra de 1949.

⁷³ Informe sobre Bolivia, (obra compilatoria jurisprudencial recogida por los editores Ambos/Ezequiel Malarino.2008.p.73)

⁷⁴ Ibíd.p265.

Los crímenes de lesa humanidad se definen como una categoría residual de delitos aberrantes contra la vida y la integridad de las personas, que no pueden encuadrarse en el delito de genocidio, porque está ausente el elemento del tipo 'propósito de destrucción de un grupo', y tampoco en los crímenes de guerra, porque no se vinculan necesariamente con un conflicto armado. En estos delitos, el elemento distintivo está dado por la escala con que se cometen. Por ejemplo, si en el marco de una situación de tensión política interna se practican matanzas indiscriminadas y en gran escala, torturas u otras formas graves de lesión de la integridad física de las personas, ejecutando de forma sistemática, tales actos podrían ser calificables como de lesa humanidad.

Se destaca de la anterior cita, que los crímenes de lesa humanidad son una especie de "delito", cuestión esta que hace confirmar a la autora lo que ha venido sosteniendo desde el comienzo del presente título, que los crímenes en general, son categorías de delitos, pues así se desprende de la misma cuando afirma que "los crímenes de lesa humanidad se define como una categoría residual de delitos aberrantes contra la vida y la integridad de las personas". Por otra parte, destaca la cita en estudio, que de las distintas categorías de estos tipos penales, sobresale el carácter de "gravedad" y el ataque contra la humanidad, produciéndose grandes violaciones a los Derechos Humanos (DDHH). Por su parte Rodríguez⁷⁵, sobre la definición de la palabra "crimen", afirma lo siguiente:

En atención a dicha preocupación, la propia Asamblea General de Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1947 la preparación de un proyecto de código en la materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, el cual fue presentado en 1950 y que posteriormente se ha ido modificando hasta presentar un proyecto definitivo de código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de Humanidad en 1996, el cual sin embargo, no aportado una definición general de tales crímenes lo que en los comentarios de la comisión a dicho proyecto, se ha dejado indicado expresamente, observándose que se 'decidió no proponer una definición general de crimen contra la paz y seguridad de la humanidad' estimando 'que debía dejarse a la práctica de la determinación de los límites exactos del concepto', de manera que la Comisión no pudo proponer

⁷⁵Ob.cit.2005.p.119.

definición alguna de los crímenes internacionales, limitándose a enumerar una serie de actos comprendidos en una tal categoría. No obstante, la propia denominación del proyecto destaca que la CID entiende que los crímenes internacionales son actos que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad.

De manera que, si bien es cierto, en el proyecto del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad no se estableció una definición del tipo penal, “crimen internacional”, no menos cierto es, que de los propios comentarios de la Comisión, destaca que le deja esa tarea a “la práctica” para que fije cuáles son esos límites, y cuáles son elementos que se deben tomar en cuenta para la determinación del concepto, es decir, deja abierta esa posibilidad y no antepone un concepto único que pudiera, (al modo de ver de quien aquí suscribe), dejar por fuera ciertas conductas que están dentro de esos tipos penales y que le da libertad a la propia doctrina internacional sobre la materia, para que sea quién produzca dicha definición. Continúa el mismo autor⁷⁶ afirmado lo siguiente:

Así pues, ha sido la doctrina la que ha propuesto diversas definiciones de los crímenes internacionales. Algunas definiciones, como la de PELLA, postulan que los crímenes internacionales son acciones u omisiones que conllevan la perturbación de las relaciones pacíficas entre los Estados, por lo que trataría en todo caso de afectaciones de la paz internacional, lo que concordaría con el proyecto de la Comisión, como se acaba de observar. Tal definición resulta difusa, en tanto colocar a la paz internacional como bien jurídico afectado por los crímenes internacionales no es útil a efectos de delimitar claramente su definición y por cuanto no todos los crímenes internacionales conllevan necesariamente tal quebrantamiento de las relaciones pacíficas entre los Estados de la comunidad internacional.

⁷⁶ *Ibidem*.

Así pues, se evidencia implícitamente que la Paz, vista desde una connotación internacional, de acuerdo a lo anterior, lo único que pudiera configurar un crimen internacional, sería su real perturbación. De allí, que ciertamente, es razonable la crítica del autor *ut supra*, al indicar que no todo crimen internacional, conlleva a una perturbación de ese Derecho Humano y por lo tanto, no comprendería en su amplitud todas las conductas que pudieran ser tipificadas como “crímenes internacionales”, tal y como lo tipifica el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Después de lo anterior expuesto, es claro que “la Paz”, es un derecho humano reconocido, tanto en los distintos Instrumentos Internacionales, como en los diferentes ordenamientos jurídicos internos, y por tanto, no puede menos que ser protegido igualmente, por el Derecho Penal Internacional, más aún si tomamos en cuenta que el mismo se reconoció, a los fines de evitar los conflictos y en consecuencia, las atrocidades que se cometieron, tanto en la primera, como en la segunda guerra mundial, evitando dejar en libertad a los países infractores de la convivencia pacífica y la seguridad de la humanidad.

Igualmente, previniendo que siguieran imponiendo la excusa de la Soberanía, cuestión que ha llevado a la Doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a interpretar, que antes que la Soberanía de los Estados, están la protección y garantía de los Derechos Humanos y así fue asumida por Comunidad Internacional, asegurando de este modo la Paz y la Seguridad de los Pueblos. Lo cierto, es que son muchas más las definiciones que se pueden citar, pero en realidad todas conllevan a lo mismo, pues más allá del origen de palabras, en la actualidad, visto desde la óptica del derecho penal moderno, se tiende a una definición unívoca, que integren ambos vocablos, “crimen” y “delito” y aunque pueden plantearse que existen algunas diferencias, no es menos cierto, que ambos vocablos son tratados

como sinónimos, y tienden a señalarlos indistintamente, como si fueran lo mismo.

De tal manera, que no es fácil tener un criterio definitivo que conduzca a resolver el cuestionamiento sobre si existen diferencias o no de los vocablos estudiados en el presente objetivo, pero de acuerdo, a lo hasta ahora analizado, se va formando una visión cada más clara de ello. No obstante, hasta aquí, se puede ya expresar, que todo va a depender de la tendencia doctrinaria que sigue cada ordenamiento jurídico y las fórmulas legales que se contemplen para la adecuación y desarrollo de los instrumentos internacionales dentro de los sistemas internos de cada Estado, por supuesto, tomando en cuenta la materia de que trate.

De allí, que si se refiere a tipos penales, igualmente dependerá, de la configuración del hecho según “la gravedad” y ámbito donde se desenvuelve el legislador penal respectivo, a la hora de tipificar las conductas punibles (verbigracia, si es en el plano internacional o doméstico), además de la trascendencia que pueda tener los bienes jurídicos penales afectados. Resaltado además, lo ya afirmado que esencia son lo mismo, sólo que “crimen” es la especie y “delito” es el género.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS TIPOS PENALES “CRÍMENES” Y “DELITOS”.

Es importante el análisis de los elementos constitutivos de ambos vocablos, para determinar si existen diferencias de fondo entre los mismos. De tal manera que desde el punto de vista de la doctrina penal se pueden llegar aclarar ambos conceptos a través del desarrollo del presente objetivo. Igualmente, cabe indicar que no se pretende establecer a profundidad sobre lo que significa la teoría general del delito, pues no es del interés del

presente trabajo, aunque es de gran importancia, pero ello afectaría la finalidad de lo aquí estudiado, por tanto, solo se hará un breve estudio referencial a los fines de establecer el contenido de los conceptos para extraer los elementos correspondientes.

Elementos constitutivos del “delito”:

Todo estudio sobre la definición de lo que se debe entender por delito, según el criterio mayoritario de la doctrina penal, debe partir del análisis de ciertos puntos o caracteres relacionados con los elementos del delito, los cuales hacen que pueda identificar de manera precisa, cuándo estamos en presencia del mismo y en consecuencia, cuándo guardan relación con los requerimientos mínimos establecidos por el Legislador Penal y por tanto, de relevancia para el Derecho Penal. De allí que, es obligante abordar dichos tópicos para poder centrar y delimitar las definiciones que sobre el mismo existen, cuyo abordaje ya se analizó, no obstante es oportuno en este aspecto iniciar con lo sostenido por Zaffaroni⁷⁷, al referirse a la necesidad y criterios de construcción teórica:

Los dos conceptos de delito (en sentido amplio y en sentido estricto) y su adecuada distinción de otros hechos humanos con relevancia penal no surgen directamente de la terminología del código, sino que a partir de ella debemos construirlos dogmáticamente, atendiendo el funcionamiento armónico de las disposiciones del texto legal. Ello obedece a que el vocabulario que el texto emplea, por inconsecuente no puede ser tomado directamente.

Es claro que para el autor, el punto central para distinguir el delito, ya sea desde un sentido amplio o estricto, de otros hechos humanos (con

⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Editora (EDIAR), Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina.1981.p.13

importancia o relevancia para el derecho penal) no basta la interpretación directa de la dispuesto por el legislador penal en un sentido gramatical, sino que debido a la inexistencia, de manera expresa de la norma penal de cualquier definición y distinción al respecto, se debe hacer su estudio a partir del análisis dogmático penal, por supuesto tomando en consideración y partiendo de la propia letra del legislador penal. Por otra parte, Soler⁷⁸ al hacer el desglose de los caracteres del delito o sus elementos, es decir, al analizar el concepto de delito desde punto de vista técnico jurídico sostiene lo siguiente:

...queda definido el delito de la siguiente manera: Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. Elementos de esta definición: a) La acción, que ha de ser entendida en amplísimo sentido. Comprendiendo tanto la conducta humana como el resultado que produce tanto la comisión como la omisión. Hay acción, toda vez que un comportamiento corporal es jurídicamente referible en alguna forma a la voluntad de un hombre. b) La antijuridicidad, o ilicitud, que consiste en la relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general de una sociedad, contenido no sólo en el código penal, sino, además, en toda fuente vigente de derecho. c) La culpabilidad, que señale el límite de lo que puede ser imputado al sujeto como su obra, y además la forma de esa imputación. d) La adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre con el nuestro, el principio *nullum crimen sine lege*... Tal exigencia determina la necesidad de destacar que el concepto de delito es en sí mismo un concepto específico por lo tanto, no es correcto, según la enseñanza de Beling, afirmar, primero, que alguien ha cometido un delito y, después averiguar cuál. En ese sentido se diferencia el concepto de delito de otras figuras jurídicas constituidas, como la de contrato, sobre la base de una definición genérica que contiene un número indeterminado de tipos... La definición del delito así alcanzada es el resultado de una inducción que parte de la ley positiva y por eso se llama definición dogmática o técnica.

El propio autor hace un análisis del concepto de delito, partiendo del estudio de los 3 elementos tradicionalmente estudiados por la doctrina mayoritaria, tales como: la acción y omisión; la antijuridicidad (que no son

⁷⁸ Ob.cit.p.276, 277, 278.

otra cosa, que el actuar humano, de manera contraria al derecho, y en consecuencia produciendo la violación de una norma de cultura reconocida por el Estado, porque lesione o pone en peligro un bien jurídico penal) y toma en cuenta a la culpabilidad (que tiene que ver con ciertos aspectos, que hay que tomar en cuenta, para hacer el juicio de reproche a una persona).

Ahora bien, debe aclararse aquí, que aunque el orden establecido por el autor *ut supra* pone de último a la tipicidad, sin embargo, es claro que debe analizarse de segundo, pues antes de analizarse la culpabilidad, previamente debe haberse examinado la tipicidad y la antijuridicidad, de lo contrario no tendría razón de ser el estudio de la reprochabilidad, pues cada elemento presupone la existencia del otro y su respectiva verificación, de lo contrario, la falta de uno solo sería suficiente para descartar comisión del delito por una persona determinada.

Por último, le agrega a dicho análisis, la tipicidad, (pero vale la aclaratoria anterior en cuanto al orden de prelación de cada elemento a la hora de hacer el análisis respectivo). Ahora bien, se entiende por tal, a la necesidad de adecuación, de esa conducta delictiva al tipo penal, establecida previamente por el legislador penal en la ley. En consecuencia, se puede entender, que toda conducta, para que pueda ser punible, debe estar tipificada como delito, valga decir, dentro de los parámetros del principio de legalidad de los delitos y de las penas ya mencionado anteriormente. Por su parte Zaffaroni⁷⁹ al referirse a los elementos del “delito” afirma que:

Cuando afirmamos que el concepto del delito es estratificado, es necesario insistir en que lo estratificado, lo que se realiza por etapas, no es delito, sino su análisis: lo estratificado es el proceso analítico, la conducta humana no es “estratificada”, sino que ciertas conductas se denominan “delitos” cuando poseen unas características que se estudian en un cierto orden. El delito no es un “rompecabezas” ni puede estudiarse como una pieza anatómica. La conducta es el “todo” del delito y los que suelen llamarse “elementos del delito”

⁷⁹ Cit.p.26, 27.

son características de la conducta requeridas por el derecho para motejarla “delito”. La unidad del concepto analítico o dogmático la garantiza, precisamente, la conducta. El análisis no destruye al delito, si lo realizamos teniendo en cuenta que se trata de una unidad cuya síntesis es la conducta. En este sentido ´no niega la unidad, sino que es el medio para realizarla´. De allí que el proceso analítico no puede arrancar de nada diferente a la conducta misma: no pueden considerarse caracteres “delictivos” de una conducta los que son caracteres de cualquier conducta humana.

De acuerdo a lo afirmado anteriormente, si bien es cierto, hay algunos elementos que denomina la doctrina del derecho penal o la dogmática penal, como elementos del delito, estos no son más, que particularidades de la conducta desarrollada por una persona para poder encuadrarla dentro del modelo descrito por el legislador, sin embargo, por ello, no se debe entender como si el delito se realizara por fases, porque en realidad no está referido como elementos del tipo penal, sino de una determinada acción o conducta desarrollada por el sujeto activo. Por su parte Roxin⁸⁰ afirmando sobre el tema lo siguiente:

En la moderna dogmática del Derecho Penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad, por tanto, toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica, en principio no preparada, un considerable grado de orden y de principio comunes. Su contenido concreto y su relación recíproca son discutidas y, según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentan un aspecto diferente para cada una (...).

⁸⁰ Roxin, Claus. Traducción y notas de Diego Manuel Peña, Miguel Díaz y García Colledo y Javier de Vicente Remesal. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas C.A. Madrid, España. 1997. p.193, 194.

De tal manera que, según lo afirmando por el jurista en comentario el estudio y análisis del delito desde el punto de vista de la dogmática Penal moderna, parte principalmente, del miramiento de ciertas características genéricas de todos los tipos penales, pero centradas en los comportamientos humanos que son punibles, pero además afirma, no sin razón, que con respecto a esas características o elementos, (como suelen llamarlos la doctrina mayoritaria) existen puntos divergentes, a pesar de converger en su existencia con respecto a la teoría general del delito, con lo cual reafirma lo expuesto por los demás autores citados anteriormente.

De todo lo anteriormente analizado, es necesario destacar que hasta este momento se puede inferir claramente que existen ciertas características, requisitos, presupuestos, cuya existencia es reconocida por la mayoría de la doctrina, a la hora de determinar la existencia misma del delito y por tanto su definición, lo cual no se puede pasar por alto. No obstante, además, es importante mencionar que dentro de ese análisis, no deben dejarse de estudiar otros aspectos o presupuestos, también ampliamente trabajados por la doctrina moderna, como son los 3 presupuestos del tipo penal o los elementos del tipo, pues los mismos son de tal importancia para llegar a valorar de manera integral la definición de delito y que son diferente a los elementos del delito.

Lo anterior, se encuentra íntimamente relacionado con la función del tipo dentro del estudio del delito, y es que éste, es necesario para aclarar ciertos términos, sobre todo por su conexión directa con la tipicidad, pues tal y como se entiende la tipicidad, no es más que la correcta concordancia de la conducta desarrollada por un agente determinado, con el arquetipo especificado por el Legislador. Asimismo, a decir de la doctrina mayoritaria, ese arquetipo o modelo no es más que el tipo.

Aunque en este punto, no se profundizará por no desviar la idea central aquí expuesta, pero una definición sencilla, sin entrar a las consideraciones

controvertidas sobre el mismo, se entiende a su vez, como la explicación o el desglose de la acción que realiza el Legislador, para proteger y tutelar un bien jurídico importante, que en el fondo se refiere a lo que algunos doctrinarios denominan una norma de cultura, a través de una disposición penal, cuya consecuencia, es la imposición de una determinada pena, en el caso de que se verifique el modelo descrito por el legislador en el plano de la realidad.

Lo descrito atrás se entiende, pues la tipicidad es una perfecta concordancia, al contrario de la antijuridicidad que si contraría al Derecho, a la norma de cultura, a esos valores sociales que el legislador protege a través del Derecho positivo. Es por ello que, se hace necesario mencionar brevemente cuáles son esos elementos del tipo dentro del estudio de este objetivo. En ese sentido Rodríguez⁸¹ al referirse a los elementos del tipo afirma lo siguiente:

(...), los tipos penales se encuentra conformados por elementos descriptivos, normativos, objetivos y subjetivos; los cuales son de suma importancia, pues son los cuatro elementos fundamentales del tipo penal y del mencionado mandato de certeza (*nullum crimen, nulla poena sin lex certa*).

Es decir, que estos cuatro aspectos que conforman el tipo penal, son de suma importancia, sobre todo porque reafirma el principio de legalidad de los delitos y de las penas que rige en el Derecho Penal, democrático, garantista y dentro de un Estado de Derecho. Continúa Rodríguez⁸² afirmando al respecto lo siguiente:

Los **elementos descriptivos** son aquellos que describen la conducta típica, que determinan cuál conducta ha sido tipificada por el legislador penal (...),

⁸¹ Cit.p.252.

⁸² Ibíd. p.253.

(por ejemplo, en el delito de daños, 'el qué de cualquier manera haya destruido, aniquilado, dañando o deteriorado). A diferencia de los recién definidos, los **elementos normativos** son aquellos que necesitan de una valoración por parte del intérprete, por cuanto el legislador los incluye en el tipo atendiendo a razones de técnica legislativa que le exigen hacer mención de algunas cuestiones que no se entienden por sí mismas, sino que deben valorarse (por ejemplo en el delito de bigamia que debe entenderse por estar 'casado válidamente'...). De otra parte, puede afirmarse que los **elementos objetivos** son aquellos específicamente referidos a la parte externa de la conducta típica (hombre, mujer, matar, lesionar, dañar, apropiarse; así como también cometer el hecho por medio de veneno, de noche...), es decir, que se hallan fuera del individuo. Entretanto los **elementos subjetivos** son aquellos referidos a la intencionalidad del sujeto, que se encuentran en tal virtud en el interior del sujeto, tomando en cuenta el propósito con que éste actúa (por ejemplo el delito de rapto, tipificado en el artículo 383 del Código Penal venezolano, que debe realizarse 'con fines de libertinaje o de matrimonio'. (negrilla del autor citado).

Claramente se entiende de la cita la importancia de esos "cuatro elementos del tipo" a la hora de analizar un caso concreto, pues son necesarios para identificar de manera taxativa, además de los elementos del delito, la presencia de los mismos, dentro de un contexto determinado para aplicar adecuadamente el tipo penal y así, ser cónsonos con la justicia. De lo cual se desprende, que al analizar cualquier hecho determinado en materia penal, se debe tomar en cuenta cuáles son esas especificaciones que establece el legislador penal en el tipo, para la determinación de comportamientos o actuaciones típicas.

Además de ello, también se debe verificar, cuándo el operador de justicia debe analizar ciertos aspectos significativos y en las cuales necesita recurrir a los denominados 'juicios de valor' ubicados en otras disposiciones del ordenamiento jurídico de que se trate. De igual manera, hace referencia a otros dos aspectos, de los cuales uno es exterior, porque está afuera de la conducta desarrollada por el agente y el otro en cambio, está relacionado con todo lo referente a la parte interior, y como dicen algunos autores, con el ánimo específico con que actúa el agente.

De lo anterior, se puede colegir, la necesidad e importancia del estudio de “los elementos del tipo” dentro del Derecho Penal, aunque no se quiere aquí, extender más allá de lo sintetizado, pues, ello conllevaría a un extenso análisis doctrinal que no se correspondería con el objeto del presente estudio y en fin, queda claro que los elementos del delito son reconocidos de manera unánime por la mayoría de los doctrinarios del Derecho Penal, aunque existan divergencias acerca de cada uno de ellos. También se evidencia que define un punto de la investigación, en cuanto a la finalidad del análisis del presente objetivo o por lo menos una parte de él, pues aclara suficientemente el panorama sobre la concreción acerca de cuándo se está en presencia de un delito partiendo de sus elementos o presupuestos.

Elementos constitutivos del crimen:

Es necesario igualmente, hacer un estudio para establecer si existen o no, algunos parámetro o presupuestos fundamentales para aclarar, cuándo estamos en presencia del tipo penal “crimen” y si estos existen, abordarlos para verificar si son antagónicos o diferentes a los del tipo penal denominado “delito”. Ahora bien, vale la pena añadir de antemano, que en cuanto a los elementos de “los crímenes” la doctrina no se enfoca totalmente, de la misma forma como lo han hecho en cuanto al delito, a propósito de las distintas corrientes de la Dogmática penal tradicional, pero todo ello tiene su justificación, la cual se pretende aclarar a lo largo de este objetivo, al respecto Rodríguez⁸³ afirma lo siguiente:

⁸³ Rodríguez Morales Alejandro J. *La Corte Penal Internacional, Complementariedad y Competencia*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, Editorial Melvin, C.A.2005.p.120.

...los crímenes internacionales, como crímenes que son, deben reunir cada uno de elementos o caracteres que son comunes a todo hecho punible, es decir, aquellos que son estudiados en forma sistemática para la teoría del delito y que según la opinión dominante, son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, reiterando que el Derecho penal internacional es ante todo una disciplina jurídica de carácter penal. En tal virtud, los crímenes internacionales ciertamente deben ser conductas típicas, antijurídicas y culpables; claro que en cada uno de estos elementos, en relación a ese tipo de crímenes debe destacarse ciertas notas distintivas que les confieren el carácter de internacionales, especialmente en lo que atañe a la tipicidad y a la antijuridicidad(...).

De tal manera, que desde esta perspectiva, se puede evidenciar que se reafirma lo que se ha venido planteando, con las distintas posiciones doctrinarias desde el inicio del desarrollo de los objetivos de la presente investigación. Pues, según esto, los crímenes internacionales gozan o están constituidos por los mismos elementos o presupuestos fundamentales del delito y de las faltas, por ser tipos penales, pero se diferencian específicamente por ciertas características especiales, que los caracteriza.

Aunque el autor, centra las particularidades, en dos de los elementos de los tipos penales, como son “la tipicidad” y la “antijuridicidad”, es decir, que dentro del estudio de la teoría general de los tipos penales, la dogmática penal moderna internacional y el legislador penar internacional, distingue los crímenes internacionales, de las demás hechos punibles, en el momento de hacer la adecuación de conductas o de comportamientos al modelo descrito por el legislador (conducta típica), igualmente, analiza si esas conductas no están permitidas dentro del ordenamiento jurídico por ser contrarias a la norma de cultura legislada penalmente que lesionan o ponen peligro bienes jurídicos internacionales (antijuridicidad), entonces, es precisamente en esos dos aspectos, donde se centran las especificidades de “los crímenes Internacionales”, pues dentro de ellos, hay una serie de connotaciones de “carácter internacional” que se deben tomar en cuenta.

Todo ello, conduce a una forma más clara de ir concretando los parámetros de semejanzas y diferencias que pueden existir entre los crímenes internacionales y los demás tipos penales. Con base a lo anterior prosigue Rodríguez ⁸⁴ en su análisis en cuanto a la tipicidad afirmando lo siguiente:

Los crímenes internacionales, efectivamente, también deben ser conductas típicas, la diferencia es que el tipo que las describe se encuentra contenido en una norma de carácter internacional, mientras que los delitos comunes se hayan tipificados en leyes penales internas o domésticas. Esta diferencia en cuanto a la tipicidad no puede entenderse, no obstante, como un absoluto, ya que los crímenes internacionales también pueden ser recogidos por normas de carácter nacional (por ejemplo, en el Código Penal); pero, en cualquier caso, deberán estar tipificados por el Derecho Internacional para que pueda considerárseles como verdaderos crímenes internacionales. En consecuencia, pues, hay que dejar claro que, en el ámbito de la tipicidad, es la propia Comunidad internacional en su conjunto de quien emanan las normas que tipifican esta clase de conductas delictivas universales.

De lo anterior se desprende que la diferencia entre los crímenes internacionales y los demás tipos penales, radica en cuanto el origen internacional de la tipificación de los primeros, sin que ello implique, que no puedan ser tipificados por el ordenamiento interno de cada país, pero en esencia desde el punto de vista del estudio de la tipicidad no está en contradicción con la definición tradicional de la misma, por cuanto se entiende que los crímenes son también conductas típicas, antijurídicas y culpables. Ahora bien, al modo de ver quien suscribe la presente investigación, la diferencia central, estriba en el tipo, que tal y como lo afirma la doctrina mayoritaria, el mismo, está referido a esa descripción que hace el Legislador de determinados comportamiento, que los hace típicos.

⁸⁴ *Ibíd.*

Otro aspecto importante a resaltar en específico de la propuesta doctrinaria de Rodríguez⁸⁵ en cuanto a los crímenes internacionales, es con respecto al elemento subjetivo del tipo, es decir, todo relacionado con los aspectos internos de la conducta, con el propósito o fin de la misma, por cuanto el mencionado autor insiste en afirmar por obvias razones lo siguiente:

(...), los crímenes internacionales sólo pueden ser cometidos dolosamente, salvo el caso de la responsabilidad de los superiores militares y civiles por los crímenes cometidos bajo su mando, que ciertamente es un caso excepcional de responsabilidad culposa por crímenes internacionales (pues se trata de la conducta negligente de dichos superiores, como se infiere de lo previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma (...)).

En definitiva, puede entenderse entonces, que en su mayoría los tipos penales establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son de tipo Doloso, desde el punto de vista de la intencionalidad del agente y que por tanto, hay otra clara diferencia en cuanto a los delitos, pues en cuanto a estos últimos la conducta desarrollada por un determinado sujeto activo puede ser dolosa o culposa, en su mayoría. Sigue el autor⁸⁶ desarrollando el análisis de los elementos de los tipos penales, tratando de establecer las especificidades de los crímenes internacionales desde esa perspectiva, de allí, que en cuanto a la antijuridicidad afirma:

(...). Ahora bien, en materia de crímenes internacionales debe tratarse de la vulneración de un bien jurídico universal (...) y no de otra clase de bienes jurídicos, como los que pudiera tutelar el propio Derecho penal interno o doméstico, como pudiera ser, por ejemplo, la propiedad respecto del delito de hurto. Tales bienes jurídicos universales que, según se comprende en este trabajo, debe tutelar el Derecho penal internacional, han de entenderse como valores esenciales de la Humanidad cuyo menoscabo conmueve la conciencia universal, con una suficiente trascendencia en el orden internacional y que

⁸⁵ *Ibid.*, p.122.

⁸⁶ *Ibidem.*

ameriten la salvaguarda complementaria de las normas penales internacionales.

De acuerdo a tal afirmación, se puede inferir claramente que la contradicción de las conductas típicas con el Derecho o con esos valores que el Legislador penal internacional protege, tiene que ver con lo que denomina la doctrina penal moderna en general, “bienes jurídicos”, pero de carácter o relevancia para la doctrina internacional penal, cuya importancia se expresa por ser valores de la humanidad, aunque el mismo autor aclara más adelante, que no se debe confundir con bienes jurídicos colectivos, sino desde una perspectiva universal, pues, en ese contexto internacional también se puede dar la afectación a bienes jurídicos colectivos e individuales, pero de valoración para la comunidad internacional. En cuanto a la culpabilidad, no hace diferenciación de fondo, pues considera que se debe dar esa “constatación de un vínculo subjetivo con el autor, de forma tal que la misma pueda serle imputada personalmente a éste”, de allí, que no se expresan diferencias con los delitos en ese sentido.

Por su parte Ambos⁸⁷, al hacer el análisis del instrumento internacional con carácter provisional de “los elementos del crimen” y “las reglas de procedimiento” (*Rules of Procedure and evidence*) que fue aprobado en la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria (*preparatory Commission*) del año 2000, afirmó en cuanto a los elementos lo siguiente:

Según el artículo 9 los elementos del crimen deben ‘ayudar’ a la Corte en la interpretación y aplicación de los artículos 6 al 8, esto es, del núcleo de crímenes recogidos en el Estatuto (*core crimes*). Constituyen una fuente jurídica secundaria frente a los crímenes del Estatuto y están sometidos a la

⁸⁷ Ambos Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones UCAB. Impresión Editorial Texto C.A. Caracas, Venezuela.2005.p.57, 58.

interpretación por parte de la Corte. Por último, cumplen una función declarativa y de sistematización. Sistematizan los artículos del 6 al 8 en tanto que sus elementos típicos se estructuran en varios párrafos. La introducción general a los elementos prevé la siguiente configuración: en primer lugar, se exponen comportamiento (típico), resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad (*mental element*) y, por último, los llamados elementos o circunstancias contextuales (*contextual circumstances*).

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior, en el mencionado artículo 9, dichos caracteres o presupuestos, son herramientas que dan a conocer las estructuras organizadas que complementan los tipos penales, de tal manera, que son indispensables para la labor analítica y su respectivo empleo en la adecuación de los hechos y de la conducta, en la descripción dada por el legislador penal internacional, en las disposiciones del 6 al 8 del mencionado instrumento.

Aclara además, que si bien, es tal la importancia, en cuanto a su utilización, sin embargo, los mismos deben ser considerado como fundamento complementario de los mencionado tipos penales, ya que están supeditados a los respectivos juicios de valorativos de los operadores de justicia de la Corte Penal Internacional. Asimismo, se entiende de manera implícita, que estos elementos o requisitos interpretativos, están relacionados a su vez, con los elementos del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), así como con los elementos del tipo, (subjetivos, objetivos, normativos, descriptivos), con lo cual permiten delimitar y concretar cada tipo penal. Por su parte, Camargo⁸⁸, afirma con respecto a los elementos lo siguiente:

Antes del 30 de junio del año 2000 fueron terminados los llamados “elementos del crimen” previstos en el artículo 9° del Estatuto, que ayudara a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto (...). Los

⁸⁸ Camargo Pedro Pablo. *Manual de Derechos Humanos*. Tercer Edición. Editorial LEYER. Bogotá, Colombia.2006.p.480.

“elementos del Crimen” fueron preparados por la Comisión preparatoria, integrada por los representantes de los Estado signatarios del acta final y de otros Estados invitados a participar. Fueron aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes.

Con lo cual se da cumplimiento a lo dispuesto en el mencionado artículo 9 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referido a la creación y aprobación del instrumento contentivo de los mencionados elementos de los crímenes que coadyuvaran en la aplicación e interpretación de los tipos penales del mencionados Estatuto internacional de forma complementaria. En tal sentido, Ambos⁸⁹, continúa analizando los mencionados elementos del crimen de manera específica, es así como, inicia con el artículo 6 de Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional afirmando lo siguiente:

En el caso del artículo 6 (genocidio) se diferencian primero sus alternativas típicas y se desdoblan respectivamente en 4, 5, ó 7 “elementos”, así por ejemplo, el artículo 6 (a) – *genocide by killing*- contiene los cuatro elementos siguientes: 1. Que autor dé muerte a una o a varias personas. 2. Que esas personas pertenezcan a uno grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado. 3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por si misma causar esa destrucción. Los elementos 3 y 4 se encuentran también en las otra alternativas típicas del genocidio, ya que se refieren al requisito general de la intención de destrucción (elemento núm. 3) o al contexto de comisión del comportamiento genocidio, el llamado “elemento contextual” (núm. 4). Estos elementos se complementan con otros elementos (de validez general) que se contienen en la introducción al art. 6. Así, se definen los conceptos *in the context of* como *initial acts in an emerging pattern* y *manifest* como cualificación objetiva, respectivamente. En relación al elemento contextual, en la introducción aparece la fórmula salomónica de que las exigencias subjetivas, en la medida en que sean necesarias, deberán ser decididas por la CPI en cada caso particular. El trasfondo de esta fórmula se encuentra en una disputa acerca de si dicho elemento contextual es en principio necesario en el genocidio. En opinión de quienes son contrarios a esta postura, tendría que darse en todo caso sólo de manera objetiva.

⁸⁹ *Ibíd.* p.58, 59.

Ahora bien, de tal análisis realizado del mencionado instrumento, se extrae que para el caso del artículo 6, sobre el tipo penal del “Genocidio”, son varios los presupuestos a tomar en cuenta, para poder delimitar a cada una de las diferentes conductas típicas prevista en los 5 literales que lo conforman (que van del “a” al “e”). De allí, que se parte en primer lugar, de lo establecido en el encabezado de dicha norma, los cuales el autor enumera como presupuestos 3 y 4 (siendo estos “la intención de destrucción” y “el elemento contextual” y que son comunes a todos los literales del artículo en comentario. Por tanto, los mismos son:

- por un lado, la intencionalidad específicamente requerida para este tipo de crimen, que no es otra que la de provocar la destrucción, y por el otro, el llamado “elementos contextual” dentro del cual se desarrollan estos hechos punibles en general y que son establecidos como atributos neutrales.
- Igualmente hace referencia a la labor interpretativa en cuanto a este último elemento, “sobre los actos desarrollados dentro del contexto específico expresado” indicando que una posición neutral, ecléctica, sobre el mismo, en última instancia podrá ser definida por los operadores de Justicia de la Corte Penal Internacional, todo ello, a propósito de la existencia de las dos posiciones doctrinarias contrapuestas (“objetiva” y “subjetiva”) sobre la debida interpretación sobre el mismo.

En ese mismo orden de ideas, en el caso del literal “a” ejusdem, se entiende que hay ciertos requisitos sui generis con respecto al literal en comentario y que le da, ese rasgo diferencial que tienen que ver con “la matanza de miembros de un grupo con características particulares”, pero tomando en cuenta las consideraciones anteriores. De tal manera, que al

modo de ver de quien aquí suscribe, todos los presupuestos, requisitos o elementos entre otros, a que se refiere el autor en comentario, son, como se afirmó anteriormente de connotación “declarativa” y “metódica”, pero sometida en última instancia a la interpretación correspondiente al caso concreto, pues se infiere que lo mismos, no son constitutivos, ni taxativos, reafirmandose la característica de la complementariedad de dichos presupuestos.

Cabe agregar que, el mismo autor⁹⁰ continúa analizando los artículos 7 y 8 del mencionado instrumento legal, a la cual hace los siguientes argumentos:

De manera similar se codifican los elementos de los crímenes de lesa humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). Así por ejemplo, para el *crimen de lesa humanidad* de asesinato (art. 7 (1) (a) se señalan los siguientes: 1. Que el autor dé muerte a una o varias personas. 2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque de ese tipo. El elemento 1 se refiere aquí a la alternativa típica específica del asesinato y los elementos 2 y 3 se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de lesa humanidad. Mientras que los elementos específicos de cada alternativa típica se extraen ya del texto literal del Estatuto de Roma y por eso su codificación – dejando a un lado acciones típicas especialmente complicadas como la desaparición forzada de personas (art. 7 (1) (i) – apenas presentó dificultades, los elementos generales fueron, en cambio, muy discutidos, tal y como se desprende de la introducción del artículo 7, los dos últimos elementos de cada alternativa típica se refieren al contexto de comisión (*context*) del comportamiento típico.

En consecuencia, resalta de manera específica, los presupuestos complementarios de los tipos penales establecidos en los artículos 7 y 8, concluyendo con ellos, el análisis de los mismos. Aunque sólo hace mención directa del tipo penal denominado “crimen de lesa humanidad”, (específicamente, el numeral “1”, literal “a” del artículo 7, del mencionado

⁹⁰ Ibid.p.59, 60.

instrumento) relativo al “asesinato”. Sin embargo, es necesario indicar que hasta cierto punto es lógico, con miras a establecer la pauta a seguir en los mismos. También aclara de seguidas, al interpretar los 3 presupuestos o elementos de estos tipos penales que en cuanto al primero, es exclusivo de la acción típica relativa al literal “a”, no siendo así, con respecto a los requisitos complementarios 2 y 3, puestos que estos son comunes y aplicables a todos los literales del numeral 1 del artículo 7 sobre “los crímenes de lesa humanidad”.

Es importante resaltar la aclaratoria sobre el resto de los elementos a tomar en cuenta de manera específica para cada uno de los literales, haciendo énfasis, en que los mismos, se “extraen” de lo dispuesto en cada uno de los literales establecidos por el Legislador penal internacional, pero igualmente, afirma que no se ahonda y no se pronuncia en los mencionados “elementos complementarios” acerca del tipo penal “desaparición forzada de personas” (numeral 1, literal “i”, del artículo 7 ejusdem), pues tal parece que están superados tales aspectos, entendiéndose que implícitamente se deja esa interpretación a la doctrina, pues está suficientemente claro y desarrollado los parámetros bajo los cuales se configura este tipo penal.

Por último, aborda la importancia relativa a presupuestos desarrollados en los elementos 2 y 3, dentro de los que se incluyen “los presupuesto contextuales”, bajo las cuales, se debe desarrollar la conducta típica. De allí, que se pronuncia sobre esos requisitos particulares relacionados con la **“sistematización” o “generalización” de los “actos violentos”** y la respectiva conciencia que pueda tener el autor sobre los hechos punibles, cuestiones que, aparecen reflejadas en el encabezado del artículo 7 ejusdem, como presupuesto general de todos los literales del numeral 1.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos subjetivos de los partícipes, hace énfasis, en la dificultad que ha traído la concreción del mismo, pues con respecto al término “conocimiento”, (como se denomina), no hay un acuerdo

unánime, acerca de si es necesario que los sujetos activos, estén enterados de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produce toda esa “violencia generalizada o sistematizada” o si bien, sólo basta, con que tenga referencias claras, de que se que trata, de una política de Estado o de cualquier grupo organizado, cuyas actividades fueren dirigidas a ese tipo de hechos en “contra la población civil”.

De igual manera, esto sería difícil debido a la imposibilidad de constatar que una persona implicada en la magnitud de tales hechos pueda saber con precisión cuáles serían las estrategias de actuación de un Estado determinado, con respecto a cierto sector de “la población civil”, por tanto, ese requisito sería prácticamente imposible de verificar a la hora de adecuar la conducta a luz de estos tipos penales, por tanto, reafirma el autor comentado que, resulta irrelevante y bastaría con los respectivos “indicios” de la participación, que estuvieren encaminados a ayudar en esa violencia “general” o “metódica”.

Hecha la observación anterior, hay otro aspecto importante y que el autor⁹¹ resalta y que vale la pena agregar al presente estudio. Este está referido al análisis comparativo entre la forma de emplear los términos “sistematización” o “generalización” de “los ataques”, tanto en el encabezado de artículo 7 ejusdem, cuyo contenido es aplicable a todos a todos literales del numeral 1 y la realizada en el numeral 2 de ese mismo artículo. Pues del texto en comentario pareciera que en el primer caso (el encabezado de la mencionada disposición) se refiere a dos modos alternativos, al utilizar la “o” como conjunción disyuntiva entre ambos términos, es decir, que cualquiera de las dos figuras (“sistematización”, “generalización”) pudieran ser suficiente para que se configurara este tipo penal, junto con los demás requisitos anteriormente señalados, no siendo por tanto necesario que se den los dos a la vez.

⁹¹ *Ibidem*.

Entretanto, el numeral 2, literal “a” ejusdem, al definir esos términos, los incluye a los dos como requisitos para la configuración de dicho tipo penal, cuestión que está en evidente contradicción a la hora de su aplicabilidad, y es por ello, que el autor⁹² indica lo siguiente:

Otro problema resulta de una contradicción entre los apartados 1 y 2 (a) del artículo 7. Mientras que en apartado 1 se exige una agresión generalizada o sistemática, el apartado 2 (a) define la agresión como modo de comportamiento que consiste en la comisión repetida de las acciones que se mencionan en el apartado 1 (es decir, “generalizada”) y organización (o sea, “sistemática”). Con ello, la primera formulación de tipo alternativo del apartado 1 se convierte en un requisito de tipo acumulativo y se exige más que en el apartado 1. Bajo el número 3 de la introducción a los elementos del art. 7 se define la agresión contra una población civil como *‘course of conduct involving the multiple commission of acts (...) pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack’*, con ello, finalmente resulta que se sigue la formulación cumulativa del artículo 7 (2) (a), si bien las acciones repetidas no deben constituir una agresión militar y la *policy to commint such attack* implica que el Estado o la organización afectada favorece dicha agresión o alienta su comisión.

Todo reitera lo afirmado previamente, al argumento del autor, quedando sólo por aclarar dos aspectos: el primer lugar, en cuanto a la parte del texto citado en inglés, se entiende que se refiere a “una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos (...) de conformidad o con apoyo de una política de Estado o de alguna organización de cometer dichos actos”, lo cual corrobora lo que se ha venido afirmando, pero en segundo lugar, hace alusión al hecho de que la traducción indica de manera implícita, que ambos términos (“generalización” y “sistematización”) se deben dar a la vez y de manera acumulativa cuando se trata del apartado 2 (a) para que exista una correcta tipificación de dicho tipo penal, no siendo así tal y como se explicó, cuando se trata de apartado 1, pues sólo con que se dé uno de los dos

⁹² Ibíd.p.61.

presupuestos enunciados basta para que se configure el tipo penal respectivo.

Con referencia a lo anterior, sería lo que denomina Rodríguez⁹³ el elemento cuantitativo o cualitativo, del requisito contextual, aunque para este último, no son acumulativos dichos elementos, sino todo lo contrario, alternativos, ya que no se exige que se den los dos a la vez para la correcta tipificación, bastando sólo que o bien se de la mencionada agresión “generalizada” o “sistemática”, siendo entonces, suficientes la existencia de uno de los dos para la correcta configuración. Por su parte Bacigalupo y Cancio⁹⁴, en cuanto a los crímenes de lesa humanidad a la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional afirman lo que sigue:

El Estatuto de Roma es el primer y único instrumento convencional que recoge los crímenes contra la humanidad de manera sistemática, diferenciándolos de los crímenes de guerra y definiéndolos con independencia de la concurrencia o no de un conflicto armado, interno o internacional. A pesar del acuerdo existente acerca de la consideración de los crímenes contra la humanidad como uno de los crímenes centrales del Derecho Internacional, su definición precisa resultó complicada a causa, fundamentalmente, de los factores por una parte, la introducción de nuevas conductas, en la medida en que ello suponía la progresiva ampliación del marco penal, lo que no era aceptado por algunos Estados y, por otra parte, en lo que respecta a la demarcación de los límites mínimo y máximo de lo que habría de considerarse englobado por las mismas. El límite de este umbral mínimo de gravedad en el marco del Estatuto exige que las conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de que el ataque sobre bienes jurídicos individuales se produce en el marco del mismo (art. 7.1). Se entiende por ataque contra una población civil a efectos del Estatuto una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...) contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos para promover esa política (art. 7.2.a).

⁹³ Ob.cit.2005.

⁹⁴ Fakhouri gomez, Yamila. **Derecho Penal y Política Transnacional**. Coordinadores, Bacigalupo, Silvia, Cancio Meliá, Manuel. Editorial Atelier, Libros Jurídicos. Barcelona, España.2005.

Dadas las condiciones que anteceden y aunque no se refiere en específico a los elementos del crimen, sin embargo, destaca la importancia que tiene el hecho de que se haya producido el tipo de codificación que se dio, a partir de la aprobación del propio Estatuto de Roma. Pues, debido a dicha aprobación y su respectiva entrada en vigencia, se logró la unificación de los distintos tipos penales que se encontraban dispersos en los diferentes instrumentos internacionales. Cuestión esta que ha representado estabilidad y seguridad jurídica internacional y que son un verdadero respeto por las garantías que deben imperar en todo proceso penal, porque además se destaca entre otros aspectos, el establecimiento del principio del juez natural en el ámbito internacional, pues ya existe un tribunal previo internacional que es competente para el enjuiciamiento de los distintos tipos penales internacionales.

Ahora bien, ciertamente en la actualidad, dicho instrumento penal internacional, se encuentra en una etapa de desarrollo dentro del Derecho doméstico o del Derecho Interno de los Estados, en cuyo caso, los mismos están adecuando su legislación para que pueda ser aplicado dentro de los límites de la jurisdicción interna, en reconocimiento de la jurisdicción universal y la aceptación de la competencia complementaria y subsidiaria de la Corte Penal Internacional de los Estados partes. Sin embargo, se está en ese proceso interno que aunque lento, ha sido seguro.

De igual manera, cabe mencionar que los países partes, están prestos a no renunciar a su jurisdicción, sino al contrario ponerla en práctica, en cuanto a la aplicación efectiva de los tipos penales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ya que de lo contrario incumplirían su responsabilidad de adecuación y aplicación del mismo, reconociendo entonces, de manera tácita que pudiera haber impunidad, al no ejercer su jurisdicción dentro de los parámetros de estos crímenes internacionales.

Continúa Ambos⁹⁵, analizando estos elementos en cuanto a los crímenes de guerra (artículo 8 del ERCPI) esgrime lo siguiente:

Las exigencias subjetivas también constituyen el mayor problema en los crímenes de guerra (art. 8). Pongamos de nuevo atención, por ejemplo, en los elementos del primero de los crímenes de guerra, del *war crime of willful killing* del art. 8 (2) (a) (i): 1. Que el autor haya muerte a una o más personas. 2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o varios de los Convenios de Ginebra de 1949. 3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección. 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionado con él. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Los elementos específicos de este crimen se contienen en los núms. 1 al 3, mientras que los números 4 y 5 contienen los elementos generales que se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de guerra, si bien es obvio que en los casos de crímenes de guerra aplicables a un conflicto armado pero no internacional del art. 8 (2) (c) y (e) el elemento 4 debe referirse a dicho *conflicto not of an intenational carácter*. De los dos elementos mencionados en último lugar se deduce que se está ante un crimen de guerra cuando el comportamiento estaba en la relación con un conflicto armado internacional o no internacional (núm. 4) y el autor – en el aspecto subjetivo – era el consciente de las circunstancias *fácticas* de existencia de dicho conflicto armado.

Dentro de ese mismo contexto doctrinal en comentario, (*Rules of Procedure and Evidence, aprobados en la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria*), es decir, “las reglas del procedimiento y pruebas”, donde se desarrollaron los elementos de los crímenes, se entiende que los elementos del 1 al 3, referidos a los sujetos activos específicos y pasivos especiales de tales hechos punibles, así como, las situaciones fácticas sui géneris en que se desarrollaron este tipo de acontecimientos, son aplicables al tipo penal específico del artículo 8 (2) (a) (i) tal y como son, dar muerte a una o varias personas que se encuentre protegidas por los mencionados instrumentos internacionales, pero bajo el presupuesto, de que dicho autor este en

⁹⁵ Ob.cit.2005.p.61, 62.

conocimiento fáctico de las circunstancias que dieron lugar esa protección dentro de un conflicto armado).

Ciertamente se aclara, que el agente de esta conducta típica, debe saber que los sujetos pasivos o víctimas de estos hechos punibles están dentro del “estatus” de salvaguarda internacional, establecidos en los 4 Convenios de Ginebra del año de 1949 que protegen a cierto tipo de personas durante un contexto de hostilidades (guerra) en la forma siguiente:

- a) el I Convenio de Ginebra: A los heridos, los enfermos de las fuerzas armadas en Campaña;
- b) el II Convenio de Ginebra: A los heridos, los enfermos de las Fuerzas Armadas en el mar;
- c) III Convenio de Ginebra: A los prisioneros de guerra; d) IV Convenio de Ginebra a las personas civiles, incluso en los Territorios ocupados.

Es importante además, al modo de ver de quién suscribe, señalar que junto a los 4 instrumentos anteriormente señalados y en aras de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico relativo al derecho internacional humanitario, se deberían tomar en cuenta además, tanto los dos protocolos adicionales de (1977), (El “I”: aplicable a conflictos armados internacionales y el “II” aplicable a los conflictos armados no internacionales), como el artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra (relativo al reconocimiento del Derecho Internacional Humanitario de los conflictos armados no internacionales).

Pues todos ellos, forman parte de los instrumentos principales del Derecho Humanitario y que estos últimos, complementan a los primeros (convenio de Ginebra) y refuerzan la protección internacional bajo tales circunstancias. Asimismo, es claro que los elementos enumerados con los número 4 y 5 (es decir, que exista un conflicto armado y que el agente este

en conocimiento fáctico de ello) son aplicables, en general a todos los tipos penales de crímenes de guerra establecidos en el artículo 8 ejusdem. Así las cosas, el autor citado⁹⁶ agrega además lo siguiente:

Así, en la introducción general a los elementos del crimen también se establece con respecto al conocimiento de los elementos normativos del tipo (*elements involving value judgement*,) que el autor no tiene que realizar un determinado juicio de valor. Por lo demás, es de aplicación la disposición general del artículo 30 –que exige *dolus directus*- y circunstancias fácticas.

Como ya se ha aclarado, se refiere al elemento normativo del tipo, en el caso del artículo 8 del ERCPI “crímenes de guerra”, no es necesario que el autor o participe haga alguna valoración jurídica del conflicto para establecer sus ámbitos y alcances de protección del derecho aplicable, es decir, que no es necesario que el mismo tenga pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas y de las respectivas regulaciones jurídicas, dentro de un conflicto armado, bastando sólo el conocimiento fáctico sobre el mismo. Igualmente aclara que en este caso, se exige “Dolo Directo”, en relación con la intencionalidad de realizar tales actos, en esas específicas circunstancias del artículo en comentario.

Para reforzar lo anterior, es importante citar, Ambos⁹⁷ en la obra sobre “La parte General del Derecho Penal Internacional”, cuando aborda el análisis sobre el trabajo del autor (alemán) Marxen titulado: “ Puntos de partida para una teoría del delito de derecho Penal Internacional”, donde afirma lo siguiente:

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Ambos Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración Dogmática*. Traducción Ezequiel Malarino. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2006. p.156.

...*Marxen* ha invitado a la dogmática penal alemana a desarrollar una teoría del delito del derecho penal internacional. Entiende por ella 'un sistema de principios axiomáticos reconocidos para la comprensión conceptual del delito de derecho internacional...Para *Marxen*, del Estatuto del ICTY (Tribunal Penal Internacional ad hoc de la antigua Yugoslavia) resultaría que sólo están comprendidos aquellos hechos que han sido cometidos 'sistemáticamente', es decir, en un contexto de organización, y que, a la vez, son 'específicos del sistema', esto es, que están relacionados con un sistema político determinado. El problema de estructura consistiría, por tanto, en que la estructura tradicional del concepto del delito se orienta a la conducta individual y, por tal motivo, no sería apropiado para comprender la intención al injusto sistemático.

De tal manera, que en esta afirmación, se tiende a hacer una proposición doctrinaria hacia una verdadera dogmática penal internacional actual y válida, que sirva como fundamento doctrinario para una mejor comprensión de los tipos penales y en general, del Derecho Penal Internacional. Por tanto, el autor hace algunos cuestionamientos a los fines de darle justificación a lo argumentado por *Marxen*.

Cabe agregar, que al analizar dicha doctrina referida desde punto de vista del Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia, se entiende entonces, (que se refiere a lo que se ha venido planteando en este objetivo) a los denominados "elementos contextuales" de los crímenes de internacionales, específicamente, cuando los ataques bajo las cuales se producen dichos hechos punibles, se dan en forma "sistemática", es decir, mediante forma metódica y relacionados con alguna política ya sea de la propia acción del Estado o bajo su aquiescencia.

Como puede observarse, se plantea un cuestionamiento, sobre la Dogmática Penal clásica del "delito" (cuya argumentación es aplicable a la interpretación del Derecho Interno), ya que, ésta se ocupa sólo de la conducta típica individual, que se desarrolla dentro de las relaciones normales, que se dan entre los coasociados que conviven en un Estado determinado, y de allí, la dificultad para adecuarla a estos tipos penales internacionales, sobre todo, si se toman en consideración los elementos

contextuales, de la “sistematización” y “la generalización”, que trasciende más allá del simple estudio de la responsabilidad individual, tal y como se realiza en los “delitos comunes”.

En este propósito, no se debe confundir, ni olvidar la posibilidad de que dentro del derecho doméstico se puedan presentar casos penales, donde procede el concurso de personas, según el modo de participación o que puedan producirse varias víctimas, es decir, que dentro del derecho penal doméstico, se pueden producir lesiones colectivas o individuales, que pueden ser a su vez, producidas individual o colectivamente. De tal manera, que según se entiende, los crímenes internacionales, vistos desde la perspectiva de la propuesta de “Marxen”, refieren, a los elementos especiales, que producen estos tipos penales internacionales, que son en definitiva lo que los identifican de los demás, Ambos⁹⁸ argumentado sobre el tema expresa:

La praxis de derecho penal internacional existente, que *Marxen* toma de la sentencia de los juristas, sugeriría un ‘sistema de imputación’ compuesto de ‘tres elementos y dos eslabones de comunicación’. El primer elemento estaría constituido por la ‘conducta concreta’ de una persona determinada. Como segundo elemento aparecería el ‘el contexto criminal supraindividual’, por ejemplo el programa criminal. El tercer elemento consistiría en el resultado del crimen, por ejemplo, el homicidio de determinadas personas. Los dos eslabones de comunicación establecerían la relación de imputación entre estos elementos: un individuo intervendría en el proyecto criminal total y lo conduciría al resultado del crimen. En consecuencia – según *Marxen* -, al individuo sería imputado ‘la intervención en un proyecto criminal total, el cual ha originado el resultado crimen’. Comparada con la estructura tradicional de la imputación, esta imputación sería ‘móvil’ ‘por la inserción del elemento intermedio del proyecto total’, entre la persona individual que actúa y el resultado del crimen no debería existir ‘ninguna comunicación directa’...Un análisis minucioso de este problema de estructura, así continúa *Marxen*, conduciría a descubrir paralelos entre la dogmática nacional y aquella de derecho penal internacional.

⁹⁸ *Ibíd.*p.159, 160.

Así pues, se entiende que los elementos de la propuesta de Marxen, no se abordan en similares circunstancias a los analizados anteriormente, porque tienen cierta variación, aunque guardan relación con lo que se ha venido afirmando en este objetivo. De tal manera, se puede inferir, que se da una propuesta de un nuevo método de “imputación”, que estaría integrado por 3 presupuestos específicos, iniciando con uno de los fundamentos de la imputación tradicional o clásica de la dogmática del Derecho Penal, tal como lo es, la conducta de una persona concreta, individual, que en consecuencia se le puede atribuir un determinado resultado dañino.

Ante la situación planteada, es necesario que se tome en cuenta en segundo lugar, otro aspecto (que según lo analizado, marcaría el rasgo diferencial de la doctrina clásica sobre la imputación), como lo es “el entorno criminal supraindividual”, es decir, que en dicho contexto delincencial, no solamente, se toma en cuenta la actuación o la conducta de una sola persona, sino que además, para la configuración de dichos tipos penales y para que efectivamente pueda encuadrarse la acción dentro de una conducta típica, antijurídica y culpable, a la luz del Derecho Penal Internacional, se deben tomar en cuenta otras personas, que forman parte de esos acontecimientos de una u otra forma.

Además se propone un tercer elemento y éste está relacionado con el resultado querido y que puede consistir, como lo expresa el autor, verbigracia, en la muerte de varias personas a consecuencia de las conductas desarrolladas para la consecución de tales fines, pero de acuerdo a los dos presupuestos anteriores, pudiendo llegar a ser crímenes de guerra o de lesa humanidad, entre otros. Finalmente, la proposición se explicaría según lo anterior, por 2 “eslabones” para relacionar a esos 3 elementos y llenar los vacíos que pueden dejar los presupuestos anteriores. Es así que propone fórmulas de enlace entre los presupuestos, el cual se pueden entender así:

- a) existencia de un sujeto activo implicado en el plan general delincencial o macrocriminal;
- b) Que en dicha ejecución de ese plan, se realice un resultado querido concreto, “la realización del crimen de que se trate”.

Así las cosas, la fórmula concluiría con la atribución de tales hechos punibles a una persona determinada, concreta, debido a su actuación en ese plan criminal general o “total”, por medio de los cuales se han alcanzados los fines, concretándose el resultado querido por la industria criminal, que puede ser cualquiera de los tipos penales que tipifica el Derecho Penal Internacional. Quizás la propuesta de *maxen* analizada por Ambos⁹⁹ encuentra sus puntos centrales divergentes o justificación con respecto a la doctrina clásica de la imputación, cuando afirma que la imputabilidad de esta nueva tesis aplicable al Derecho Penal Internacional, es “transportable”, precisamente por el segundo elemento de la respectiva propuesta dogmática.

Con relación con este último, debido a la inclusión y la respectiva existencia del mismo, es que no se exige la presencia de una conexión “directa” entre el sujeto activo y el producto criminal, cuestión está que, si es necesaria en la doctrina clásica de la imputación, pues, si es indispensable para poder vincular a una persona con un hecho punible determinado.

De los anteriores planteamientos se deduce, que es razonable la aceptación de esta nueva tesis de la imputación aplicable en el plano del Derecho Internacional, con lo cual se aclararían todos los aspectos imprecisos que hasta ahora persisten con la tesis clásica, además es interesante e innovadora, es de esperar su evolución y los argumentos que esgriman sus defensores y detractores. No obstante se presenta como una fórmula que vendría aclarar un poco los vacíos interpretativos sobre los

⁹⁹ Cit.

elementos específicos de los crímenes internacionales. Finalmente Ambos¹⁰⁰, en cuanto a este punto concluye lo siguiente:

Resumiendo y considerando nuevas opiniones se puede insistir en lo siguiente: La especialidad de la imputación de derecho penal internacional consiste en que los hechos individuales –por lo general, codificados en los ordenamientos jurídicos penales nacionales- se insertan en un hecho total ('Gesamttat'), el cual describe el respectivo contexto colectivo de comisión. Este punto de vista completa la desde siempre conocida imputación individual (supra I), con un elemento colectivo, scil. La imputación a la organización (criminal), por lo general, el Estado. Visto de este modo, se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también 'sistémico'. Por otro parte, es posible hablar de una doble imputación, en el sentido de que la imputación individual y la colectiva/sistémica no se encuentran desvinculadas la una de la otra, sino que están en relación recíproca. A diferencia del Derecho Penal nacional puramente individual, la existencia de un hecho total en derecho penal internacional conduce a que la que está en este ámbito se refiere siempre (también) a una organización o a un sistema.

Significa entonces, que se reafirma lo planteado anteriormente y condensa todas ideas sobre la nueva propuesta de tesis de imputación y su justificación dentro de la interpretación del Derecho Penal Internacional, puesto que afirma, que la conducta típica y antijurídica, por la cual se produce un resultado criminal, sólo es posible atribuírsele a una persona a una persona individual, si se toma en cuenta además, que se desarrollo dentro cierto entorno (anteriormente estudiados), denominado "proyecto criminal total", de la cual se debe entender en consecuencia, que su configuración jurídica se da, si se ejecuta con la integración de varios individuos.

Por tanto, si el hecho punible, se refiere a un hecho aislado de ese contexto, no se está en presencia de ninguno de los crímenes sancionados por el Derecho Penal Internacional, sino de un delito común determinado. Asimismo, se entiende claramente, que según esta propuesta, ambas tesis

¹⁰⁰ *Ibíd.* p.163.

de la imputación (tanto la clásica referida a “la imputación individual” y la nueva propuesta para el derecho penal internacional, denominada por el autor como “colectiva/sistémico) no son excluyentes, sino que al contrario, se complementan en esa labor interpretativa y en aras de una nueva dogmática penal propia y adecuada a un Derecho Penal Internacional. No obstante un par de años más tarde, Ambos¹⁰¹ vuelve al analizar el tema, afirmando lo siguiente:

Existen dos razones por los cuales la imputación de un resultado criminal dado a la conducta de una persona dada requiere de un procedimiento diferente en el Derecho penal internacional que en el derecho nacional. Por un lado, el Derecho penal internacional está, como ya se hizo referencia, basado en tradiciones legales diferentes. Por otro lado más concretamente, los delitos internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) ocurren en un cierto contexto colectivo de comisión y requieren, por lo tanto, -además de los (sub-) delitos o actos individuales (*Einzeltaten*)- de un *elemento internacional o contextual (Gesamttat)* adicional que señale a un cierto grupo cuyo fin haya sido el de destruir (genocidio), una comisión sistemática o generalizada (crímenes de lesa humanidad) o un conflicto armado (internacional o no internacional) (crímenes de guerra). Este elemento ‘contextual’ adicional complementa la tradicional imputación individual. En otras palabras, para establecer estos delitos centrales, el Derecho Penal Internacional requiere de la imputación a una persona (por medio de una relación entre el agente y el resultado delictivo) junto con un elemento colectivo adicional: la imputación a una organización (delictiva) la cual es frecuentemente, pero no siempre, el Estado.

Es evidente entonces, que sintetiza y refuerza lo argumentado; pues, para el mencionado autor las formas o requisitos de imputación en el Derecho Penal Internacional, son diferentes al sostenido hasta ahora, en el Derecho Penal clásico aplicable en los Estados e igualmente, afirma que, aunque surgen dichas diferencias por las connotaciones especiales en que

¹⁰¹ Ambos Kai. (2008). *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*. Editorial Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España.2008.p.17, 18.

se verifican los tipos penales del Derecho Penal Internacional, sin embargo, ambos sistemas no son del todo contrarios y excluyentes, sino todo lo contrario las tesis, tanto la clásica, como la nueva propuesta para el Derecho Penal Internacional, denominada “colectiva/sistémica, se complementan una a la otra, a lo fines de aclarar las dudas que puedan surgir con respecto a la adecuación de la conductas típicas y antijurídicas de los sujetos activos, para su respectiva imputación penal.

En este mismo orden y dirección, en el caso de los crímenes del Derecho Penal Internacional se debe tomar en cuenta, tal y como se ha venido afirmando a lo largo de este objetivo, que los mismos se ejecutan dentro de unos presupuestos especiales, que la doctrina denomina “elemento contextual”, y se evidencia precisamente de la propia letra del legislador Penal Internacional, verbigracia, de lo previsto y sancionado en el artículos del 6 al 8 del ERCPI, donde destacan los tipos penales de Genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros, exigiendo cada uno de ellos ciertos requisitos específicos y determinantes para la adecuación de la conducta al modelo descrito por el legislador, es decir, la tipicidad, los cuales ya se han explicado anteriormente. Continúa Ambos¹⁰² en aras de completar la argumentación anterior expresando lo siguiente:

Desde esta perspectiva, pueden distinguirse dos modelos de imputación: de un lado, un *modelo sistémico* –no sólo individualista-, y, por otro, un *modelo de doble imputación* por el cual los componentes individuales y colectivos/sistémicos (imputación individual y colectiva) no operan en una esfera paralela, sino que están interrelacionados. Lo que se necesita es una *perspectiva doble*: primero, la perspectiva colectiva se centra en el *elemento contextual* perteneciente a todos los participantes; es decir, el contexto o la situación criminal objetiva supra-individual. En segundo lugar, este contexto puede ser imputado *como un* todo o en parte (s) a los *participantes individuales*, mediante el empleo de reglas concretas de imputación que están por establecerse. En este momento se llega a la operación clásica del Derecho penal en el derecho Penal internacional, a saber, *la individualización de la responsabilidad* correspondiente a una situación ofensiva específica (la

¹⁰² *Ibíd.*p.18, 19.

escena del crimen), seguida por la determinación del rol, función, posición o estatus de los participantes/acusados en la organización criminal dada y por la calidad y peso de su contribución al contexto criminal o crimen colectivo/de grupo. Ambos aspectos –estatus en la organización y contribución concreta– determinan la calificación legal de participación. Es claro que tal modelo de atribución está dirigido principalmente a lo altos mandos de una organización dada ya que únicamente los líderes pueden controlar y dominar la acción colectiva con plena responsabilidad.

Ahora bien, se infiere, la existencia de dos modelos específicos del Derecho Penal Internacional aplicables en los casos concretos y los mismos son a saber: por un lado, el elemento contextual, el cual se debe tomar en cuenta de manera general, que incluya a todos los participantes, ya que, se da bajo connotaciones que implican necesariamente acciones colectivas o supra individuales, donde resaltan ciertas características especiales para que se configuren y por el otro, es necesario, a la hora de establecer la responsabilidad en el hecho criminal y aras de concretar la respectiva individualización de la participación en el mismo, tomar en cuenta en qué consistió la intervención de cada uno de los individuos implicados en estos tipos penales.

Ahora bien, en esta última operación, se aplican los principios y reglas propias del Derecho Penal Clásico, ya que se deben establecer los modos de participación de cada uno de los miembros identificados, dándole importancia a la responsabilidad, a los fines de aclarar, (al modo de ver de quien aquí suscribe), incluso las agravantes y atenuantes respectivas, sobre todo, para establecer quién tenía el dominio o mando sobre tales agrupaciones o “colectivos”. Cuestión que es importante, pero de la cual, sólo se hace apenas mención, puesto que desbordaría el tema en estudio. De tal manera, que hasta aquí el autor sólo ha corroborado todo lo que se ha argumentado desde el inicio de la explicación de este objetivo.

En este sentido, es necesario aclarar y en aras de complementar lo referente al elemento contextual, como característica específica de esos tipos

penales y no de otros, que si bien esto es así, se debe tener en cuenta, que la responsabilidad penal, es individual, como se establece en el Derecho Penal tradicional, y en ese sentido Camargo¹⁰³ al interpretar el artículo 15 y 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal afirma que:

...la Corte Penal Internacional (CPI), según su art. 15, sólo tiene competencia respecto de las personas naturales. No de las personas jurídicas. La responsabilidad también es individual, no colectiva, ni trasciende de la persona condenada, o sea es *actus reus*. Quien comete un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto... El párrafo 4º del art. 25 del Estatuto dispone que nada de lo dispuesto en el respecto de la responsabilidad de las personas naturales afectara a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional, esto es, la responsabilidad internacional del Estado como un todo.

Según se ha citado, al igual que en los ordenamientos jurídico internos del los Estados, la responsabilidad penal, es indiscutiblemente “personal” e “individual” a la luz del Derecho Penal Internacional y del propio ERCP. De tal manera, que se debe analizar, si la conducta desarrollada por un sujeto activo determinado, es la que produce el resultado, con las consecuencias descritas en los tipos penales del mismo. De allí, que la misma, es la que va definir y concretar responsabilidad de una persona determinada y en consecuencia, va establecer la determinación de la pena y su aplicación en específico.

Ahora bien, igualmente no es posible la aplicación de esta legislación penal internacional, a personas morales, y el establecimiento de responsabilidad penal de manera colectiva, salvo los modos de participación tal y como lo hace la doctrina penal tradicional y al respecto Fakhouri¹⁰⁴ al

¹⁰³ Ob.cit.p.486, 487.

¹⁰⁴ Fakhouri gomez, Yamila. **Derecho Penal y Política Transnacional**. Coordinadores, Bacigalupo, Silvia, Cancio Meliá, Manuel. Editorial Atelier, Libros Jurídicos. Barcelona, España. 2005. p.100, 101.

analizar la competencia de la Corte Penal Internacional “*ratione personae*” indica lo siguiente:

El proceso de humanización que ha experimentado el Derecho Internacional contemporáneo, especialmente a partir de la segunda guerra mundial, ha llevado al reconocimiento progresivo del papel del individuo en este ámbito de detrimento del papel de los Estados, que constituyen los sujetos primarios y originarios del Derecho Internacional. Ello se traduce en que el Derecho Internacional contemporáneo contiene normas que impone obligaciones a la persona física de manera *directa*, cuya violación lleva aparejada la responsabilidad penal internacional del individuo. Haciéndose eco de esta tendencia, la CPI ejerce su competencia exclusivamente sobre personas físicas (Arts. 1 y 25.1), quedando excluida del ámbito de su competencia, en consecuencia, tanto la eventual responsabilidad criminal de los Estados (Art. 23. 4), como de otros entes plurales (...).

En efecto, sólo las personas naturales son las que pueden ser juzgadas por la Corte Penal Internacional, tal y como se ha venido afirmando durante el desarrollo de esta investigación. Tal argumento, es razonable debido a que sólo las personas pueden cometer crímenes o delitos, es decir pueden actuar típicamente, en la comisión de hechos punibles.

De igual manera, el juzgamiento de personas naturales en el ámbito del Derecho Penal Internacional, más específicamente en la jurisdicción internacional moderna, es de reciente data, (a penas, del siglo pasado iniciando con el tribunal ad hoc de Núremberg, llegando hasta la actualidad con la CPI), pero, tal y como lo dice la doctrina en comentario, es precisamente, a partir de la segunda guerra mundial, cuando se crearon los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos y con ellos, vino el reconocimiento de la persona como sujeto de Derecho internacional.

Según se ha visto, el hecho de ser el individuo en la actualidad, un sujeto de derecho en el ámbito internacional, es de suma importancia debido a que, anteriormente las personas eran consideradas objetos de derecho internacional y sólo los Estados, eran sujetos en ámbito Internacional, pero debido a las atrocidades que se cometieron en la segunda guerra mundial, la comunidad internacional vio la necesidad de ponerle un freno a los Estados, a los fines de que no siguieran cometiendo barbaries en contra de la humanidad y es por ello, que se dan todos los cambios.

De tal manera, que si la persona es sujeto de derecho, tiene derecho y obligaciones y por tanto, puede acarrearle responsabilidad internacional, si llegase a incumplir sus obligaciones internacionales cometiendo este tipo de crímenes. Por otro lado y con el ánimo de completar la idea anterior, es importante analizar lo afirmado por Camargo¹⁰⁵ en el mismo texto doctrinario en cuanto al “dolo” y al respecto expresa lo siguiente:

Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Se entiende que actúa intencionalmente quien: a) quien en relación con una conducta se propone materializarla; b) en relación con una consecuencia causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por conocimiento consciente se entiende, según el Artículo 30 del Estatuto, ‘la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos’. Las palabras a *sabiendas* y *con conocimiento* se entenderán en el mismo sentido. Se trata en suma de dolus en materia penal.

Según se ha citado, la competencia de Corte en cuanto al juzgamiento de personas y el establecimiento de la respectiva responsabilidad, previa imputación, se entiende que toma en cuenta “la teoría del dolo”, y en general, la doctrina de la teoría del elemento subjetivo del tipo, lo que es necesario

¹⁰⁵ Cit.p.448.

para verificar la intencionalidad, de allí que, según los fundamentos doctrinarios del “dolo”, el mismo está compuesto por dos elementos específicos: el “volitivo” referido a la voluntad y el “cognoscitivo”, referido al conocimiento de los presupuestos reales del “crimen” de que se trate, siendo necesario, tal y como lo expresa Rodríguez¹⁰⁶ que: “la verificación de ambos para poder afirmar que el agente ha actuado con dolo y en consecuencia poder hacer la imputación subjetiva del tipo doloso de que se trate”.

Por tanto, es obvio, que es precisamente allí, donde se puede exigir la existencia, de lo que la doctrina de la dogmática penal denomina con la palabra latina “mens rea”, que traduce como “mente culpable”, para así poder establecer la vinculación de una persona determinada con un resultado específico, por estar determinada esa voluntad consciente a la realización de tales crímenes internacionales. Continuando con el análisis doctrinal, Fakhouri¹⁰⁷, al abordar el tema de la competencia material de la Corte Penal Internacional en la cual resalta lo siguiente:

El artículo 5.1 del Estatuto de Roma establece que la Corte tendrá competencia para conocer de los crímenes *más graves* de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión. En este sentido, cabe destacar que el Estatuto es el primer instrumento convencional en el que se recogen de forma unitaria y con vocación de permanencia y generalidad los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, atribuyéndose a cada uno de ellos características propias permiten su individualización como familias de delitos. Queda fuera de la competencia de la Corte los supuestos de intervención: dominio colonial; reclutamiento, uso, financiación o entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional o tráfico de drogas, entre otros. De este modo, el campo de actuación de la CPI que se deriva del Estatuto de Roma resulta ser más estrecho que se desprende del Derecho Internacional general, del presupuesto por la comisión del Derecho Internacional, encargada de la codificación y del desarrollo progresivo Derecho Penal Internacional e incluso de lo exigido por parte de la comunidad internacional. La competencia de la Corte se ve por tanto limitada si bien ello tiene, sin embargo, una vertiente positiva en la medida en que de esta manera

¹⁰⁶ Rodríguez M. Alejandro J.2007. En “Síntesis de Derecho Penal, Parte General”. Segunda Edición Revisada y Ampliada, Ediciones Paredes.

¹⁰⁷ Ob.cit. p.88, 89.

se consigue atraer al mayor número posible de Estados a formar parte del Estatuto.

Es evidente entonces, cuáles son los tipos penales que delimitan la competencia material de la Corte Penal Internacional y cuáles a pesar de ser considerados y estudiados desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional no lo son, además, aclara que este tipo de exclusión de algunos tipos penales, es decir, sobre los cuales no tiene competencia el mencionado tribunal internacional, se justifica y tiene su ventajas por cuanto ha habido un mayor consenso internacional con respecto a dichas inclusiones y exclusiones de los tipos penales y en consecuencia, cada día hay más Estados que se hacen parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al suscribir y ratificar el mismo. En ese mismo sentido, Fakhouri¹⁰⁸, continúa argumentado al respecto:

Por una parte, esta limitación a los crímenes más graves que se producen en el ámbito internacional, que suponen una violación masiva y sistemática de los derechos humanos, hacia más fácil alcanzar un consenso universal respecto de la necesidad de su persecución. Por otra parte, estos crímenes gozan de una sólida base legal para su imputación en tanto en cuanto, además formar parte del Derecho Internacional penal consuetudinario, han sido recogidos en diversos convenios y Tratados internacionales. EL hecho de que, precisamente por este motivo, se reconozca respecto de ellos el principio de jurisdicción universal que los Estados más reacios a la CPI acepten la competencia sobre los mismos. Por último, respecto de delitos tales como el tráfico de drogas, tráfico de armas (aunque éstos pudieran llegar a afectar incluso a la independencia de un Estado), tráfico de órganos, tráfico de niños, piratería, secuestro de aeronaves, delito relativos a la prostitución, trata de blancas etc., parece opinión mayoritaria en estos supuestos de delitos transnacionales o transfronterizos, en los cuales la eficacia de la lucha contra los mismos depende de una estrategia común de diversos Estados. No obstante, el Estatuto de Roma contempla en su artículo 121.1 la posibilidad de que los Estados Parte propongan enmiendas transcurridos el plazo de siete años desde su entrada en vigor, de manera que puedan incluirse en el mismos otros delitos.

¹⁰⁸ *Ibíd.* p.89, 90.

Precisando de una vez, sólo se debe agregar que el hecho de haber circunscrito los tipos penales en la forma como fueron dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tiene sus ventajas, por un lado, por el consenso internacional que tiene el mismo, debido a la consideración universal de ese “elemento contextual” y que se ha venido mencionando durante este capítulo, (referido específicamente a los términos “sistemáticos”, “generalizados”), dentro de la situación fáctica en que se desarrollan.

Por otro lado, es destacable, igualmente, el hecho de que existe un largo y extenso desarrollo en el ámbito del Derecho Penal Internacional, de estos tipos penales, verificables en distintos instrumentos internacionales, (incluso anteriores al mencionado Estatuto), pues, dicha regulación tiene su tradición histórica y la cual se concreta en el siglo pasado, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, motivado por las atrocidades que vivió la humanidad durante el desarrollo de la primera y sobre todo, de la segunda guerra mundial.

En este mismo orden y dirección, por ello, se crearon diversos instrumentos específicos y con ellos, los diferentes sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, hasta llegar al ERCPI, para evitar que los mismos se volvieran a repetir, aunque, es claro que en la actualidad se han presentados de manera focalizada, ya no en una guerra mundial o internacional, sino más que todo, dentro de conflictos internos de los Estados, verbigracia el caso colombiano. Por el otro, destaca el hecho de que hay ciertos tipos penales que aunque pueden tener carácter transnacional, sin embargo no tienen la naturaleza jurídica internacional para que estén dentro de la competencia material de Corte Penal Internacional y por tanto, no gozan de tal carácter contextual, propio de los crímenes internacionales previstos y sancionados en el ERCPI.

Ahora bien, al modo de ver de quien suscribe la presente investigación, los delitos mencionados como excluidos de esa competencia material, son delitos que tienen un origen que se ha desarrollado dentro del derecho doméstico y dentro del ámbito de los denominados “delitos comunes”, pero que debido a la globalización, los mismos en muchos aspectos han trascendido de los límites de los Estados y por tanto los intereses, son de escala internacional, llegando en la actualidad a extenderse globalmente. De allí que tienen una valoración especial desde el punto de vista de la comunidad internacional y estos son los delitos de Droga, trata de blancas, tráfico de armas, de órganos entre otros, que se dan dentro del contexto de la delincuencia organizada transnacional, pero no cumplen con los requisitos de los crímenes internacionales establecidos en el ERCPI.

Significa entonces, que no son de la competencia de la Corte Penal Internacional, pues no se corresponden, ni desde el punto de vista de la naturaleza de la gravedad, ni mucho menos, a la situación fáctica como son concebidos los mismos. Por último en cuanto a la cita en análisis, destaca el hecho de que se denominan a los crímenes con el vocablo delito, lo que da a entender implícitamente, que para la autora citada, ambos vocablos, son lo mismo, aunque entiende, que los tipos penales del ERCPI, tienen sus características particulares y que son de repercusión e interés especial de la comunidad internacional por su características sui generis, según las razones ya planteadas.

Con base a lo anteriormente analizado, en cuanto a este punto en desarrollo, se puede afirmar, en general, que no se aborda el tema de los elementos del “crimen”, en la misma forma en que tradicionalmente lo hace la dogmática penal con respecto al “delito”. Pues, la mayoría centra el estudio de los elementos de los crímenes, partiendo de la base del propio ERCPI, en su artículo 9, en el que dispone que los elementos que serán utilizados para interpretar los tipos penales establecidos en los artículos del 6 al 8 ejusdem,

son los que deben ser aprobados por la mayoría de los miembros de los Estados Partes de Estatuto (2/3), pero durante la Asamblea General, ya mencionada anteriormente.

Es por ello, que se destaca, en este punto, el análisis de los elementos de los crímenes, a partir del instrumento que fue aprobado de manera provisional, en la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional en el año 2000, tal y como lo afirman la mayoría de autores, pero de ninguna manera, se debe entender que tal enfoque se desligue totalmente de la Dogmática penal tradicional, pues al contrario se entiende que la Doctrina de la CPI, podrá utilizar de manera complementaria y cuando sea necesario los criterios doctrinales adecuados para interpretar los tipos penales del ERCPI.

En este propósito, no debe entenderse que los mencionados elementos de los crímenes, son únicos y excluyentes a razón de la teoría general, pues es obvio que además de estos elementos, subsisten los elementos de la doctrina tradicional. Pues, como ya se ha aclarado, “los crímenes” y “los delitos” en esencia y desde de vista sustancial, están conformados por los mismos elementos, tales como, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros aspectos. De allí, la importancia de este estudio, que además facilita la vigencia y validez del mencionado instrumento internacional, sobre todo a la hora de su aplicación y eficacia en los ordenamientos internos del los Estados, y en este caso para Venezuela, salvo las excepciones y los presupuestos especiales anteriormente analizados.

Asimismo, es importante destacar, que implícitamente el Derecho Penal Internacional, toma en cuenta además, los elementos del tipo (objetivo, subjetivo, normativo, descriptivo), y en general, toda la doctrina de la teoría general del delito y también quedó claro hasta ahora, que fue necesario y razonable establecer esa obligación del artículo 9 ERCPI, relacionada con

creación de un instrumento que aclarará cuáles eran los presupuestos para cada tipo penal establecidos en el mismo, debido a la dimensión de los mismos y de las características sui generis de cada uno y que con la doctrina tradicional, no se iban a interpretar del todo debidamente, pues tales valoraciones quedarían a mitad, por ello, se redactaron los mismos para completar y coadyuvar con la labor de la Corte Penal Internacional, así como, con la labor juzgadora de los operadores de justicia dentro los Estados.

CRITERIO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL, TANTO PATRIO COMO FORÁNEO A LA APLICABILIDAD DEL ERCPI

Jurisprudencia y doctrina nacional.

En oportuno, es este punto iniciar con el criterio sostenido en la jurisprudencia número 537, con Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz¹⁰⁹, aún y cuando es de las denominadas como no vinculante, ha dispuesto lo siguiente:

Ahora bien, del principio de legalidad que, como manifestación específica del debido proceso, establece el artículo 49.6 de la Constitución, deriva el monopolio legislativo para la descripción de los tipos penales; en otros términos, sólo el legislador tiene competencia para la determinación de cuáles conductas humanas han de ser tenidas como punibles, vale decir, para la configuración de la tipicidad. De allí que, con base en el carácter de la tipicidad, que la doctrina reconoce como esencial en la estructura del delito,

¹⁰⁹ Sentencia número 537, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremos de Justicia de Venezuela, con Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. De Fecha 15/04/2005. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/consulta_sala.asp?sala=005&dia=15/4/2005&nombre=Sala%20Constitucional. (consulta 4/11/2009).

así como en el principio constitucional de legalidad, de acuerdo con el cual sólo el legislador tiene competencia para la descripción de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones penales, se concluye que la calificación de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad – especialmente, en cuanto los efectos jurídico constitucionales de las mismas incidan necesariamente en la estructura del tipo legal-, es materia que compete exclusivamente al legislador y no al intérprete. En efecto, resulta indudable que sólo al funcionario u órgano del Poder Público a los cuales la Constitución atribuyó la *iurisdatio* corresponde la determinación de cuáles de esas infracciones penales deben ser calificadas como delitos contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad; sobre todo, para los específicos efectos jurídicos que establezcan la Constitución y la Ley (comprendidos en ésta, obviamente, los instrumentos normativos de Derecho Internacional que sean suscritos y ratificados por la República) –en particular, el de la imprescriptibilidad de la acción penal para el procesamiento judicial y la eventual sanción a quienes resulten declarados responsables penalmente por su participación en la comisión de dichos delitos.

De acuerdo al extracto jurisprudencial, queda claro que a criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máximo intérprete de la CRBV, en cuanto a la tipicidad de los Tipos Penales contra los Derechos Humanos y de Lesa Humanidad establece que son competencia exclusiva del órgano legislativo correspondiente, en relación a su determinación dentro del ordenamiento jurídico interno y en efecto, explica, que ello tiene su fundamento precisamente en el Principio de Legalidad consagrado en el artículo 49, numeral 6 de CRBV, no quedando duda de ello y que por lo tanto, el intérprete queda fuera de tal determinación.

Como puede observarse, se refiere en específico, al principio de legalidad que debe prevalecer en el sistema penal venezolano, con respecto a la reserva legal de la tipificación de los delitos y de las penas, como una garantía constitucional acorde con un Estado Democrático, social, de Derecho y de Justicia como está establecido de manera expresa en el artículo 2 de la CRBV. Ahora bien, no se puede dejar de comparar esto último, con el título del tema en estudio, pues ERCPI, es un instrumento internacional que contempla tipos penales internacionales y que no fueron

tipificados por el legislador venezolano, pero hoy día, son ley venezolana, porque el texto internacional que los contiene, fue debidamente suscrito y ratificado por Venezuela y que además, el mismo tiene previsiones normativas taxativas sobre la tipificación de los de los Tipos Penales Internacionales.

No obstante, hay que aclarar que pese a tal afirmación, el criterio de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremos de Justicia, en este caso, se refiere en específico a la competencia exclusiva que tiene el poder legislativo para legislar sobre la materia penal, derivado del “subprincipio” del principio de legalidad, denominado por la doctrina penal “principio de reserva legal”, pues obviamente, este es el legislador natural y competente para ello y no otro.

Así mismo, en cuanto a la validez de los tipos penales del ERCPI en Venezuela, sólo hay que indicar que el mismo, fue debidamente revisado y aprobado por el poder legislativo en su momento, por tanto ejerció su competencia acorde a las previsiones constitucionales, quedando pendiente sólo su adecuación al sistema penal venezolano, para poder aplicar los tipos penales internacionales en el derecho penal doméstico, es decir, que en todo caso, el Estado Venezolano adquirió un responsabilidad desde el mismo momento en que se convirtió en Estado Parte del ERCPI y que por tanto, está en mora legislativa según el caso, para que se dé la efectiva aplicabilidad de dichos tipos penales.

Siguiendo con el mismo orden de ideas, en cuanto a la jurisprudencia en estudio, es destacable el tratamiento que le da a los tipos penales “contra los derechos humanos” y de “lesa humanidad” al titularlos como delitos, lo cual se puede entender de manera implícita que para el máximo tribunal en Sala Constitucional, ambos vocablos son sinónimos a la luz de la interpretación constitucional y en ese mismo contexto, igualmente la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la misma jurisprudencia¹¹⁰ afirma:

...De conformidad, entonces, con una interpretación teleológica de la Constitución, así como con base en los términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (el cual es ley vigente en Venezuela e, incluso, por tratarse de un tratado relativo a derechos humanos, tiene jerarquía constitucional, en la medida que establece el artículo 23 de la Ley Máxima), se concluye que, para el propósito de la calificación sobre la imprescriptibilidad de la acción penal, se tendrán como sinónimos los conceptos de delitos contra los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

Según se ha citado, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, atendiendo a la interpretación teleológica (en aras de desentrañar la verdadera intención del legislador constitucional en cuanto a los fines de la normativa en comentario), y del propio ERCPI, le da un tratamiento igualitario a las definiciones de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, pues en síntesis, dispone que a la hora de establecer la imprescriptibilidad de la acción penal, se le dé un tratamiento igualitario con respecto a la misma. Igualmente, cabe destacar, que no es de las denominadas vinculantes, sin embargo, es importante indicarla en el presente estudio.

En criterio contrario al anterior, en relación con la competencia exclusiva de legislar en materia penal o lo que en doctrina penal se denomina “el sub-principio de la reserva legal” que deriva del principio de legalidad, el Tribunal Cuarto de Primera Instancia, en Funciones de Juicio, del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, presidido por la Jueza, Abogada Maryorie Calderón Guerrero, en el texto de la decisión de la declaratoria sin lugar de Solicitud de Sobreseimiento¹¹¹, afirma lo siguiente:

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia, en Funciones de Juicio, del Estado Aragua, Venezuela, expediente número 4M-387-04, de fecha 17/01/2008 sd (caso Iván Antonio Simonovis y otros). <http://www.venezuelaawareness.com/razones/decision.htm> (consulta 5/11/2009).

‘(...)Por otra parte, el abogado defensor hizo alusión que el artículo 4° de la referida Ley de Amnistía señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no serán beneficiados con la misma aquellas personas que hubieren incurrido entre otros, en violaciones graves a los derechos humanos, en este sentido invocó la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 537 de fecha 15-04-2005 con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz en cuanto a que en la misma se estableció que la infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos Humanos corresponde al legislador en razón al principio de legalidad establecido en el artículo 49 numeral 6to de la Carta Magna , así como al artículo 09 del estatuto de Roma, por lo que es imperioso, al momento de calificar que se entiende como violaciones graves contra los derechos humanos, que el legislador, en este caso, la Asamblea Nacional , establezca mediante ley que debe entenderse por ello y no es tarea dada al intérprete, por lo que aún cuando en fecha posterior 13-04-2007 en sentencia Nro. 626 de la misma Sala y con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán al decidir sobre un Recurso de Habeas Corpus intentada casualmente por algunos de los acusados del presente juicio, se señalara que ‘... los mismos habían sido acusados por homicidios de varias personas que fueron impactados por disparos supuestamente provenientes de las armas de reglamento que los acusados portaban el 11 de Abril de 2002 en la Avenida Baralt de la ciudad de Caracas en las inmediaciones de Puente Llaguno cuando desempeñaban activamente sus funciones de agentes del estado venezolano, investidos de autoridad y con el equipamiento que prevé la administración para cumplir con la función de policía, en resguardo de una manifestación política de ciudadanos. El delito imputado constituye una violación al derecho humano a la vida recogido en el artículo 43 de la Carta Magna ...’ es solo deber del legislador establecer que delitos deben entenderse como violaciones graves a los Derechos Humanos siendo así que la Sala incurrió en una Usurpación de las labores legislativas(...)’ Si bien es cierto que existe la sentencia Nro , 537 de fecha 15-04-05 con ponencia del magistrado Pedro Rondón Hazz en cuanto a que se requiere la actividad legislativa a los fines de establecer cuales delitos son de derechos humanos, no es de menos, que dicha sentencia no señala que para establecer que una conducta del estado deba catalogarse como violatoria a los Derechos Humanos deba establecerse mediante una Ley, pues de ser ello cierto, estaríamos ante la negación misma de la protección constitucional y del derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues, a nivel interno, el Estado no podría ser catalogado de violador de los derechos Humanos ya que se requeriría una ley para ello(...)Es así que, entiende este decisor, establecer una amnistía en los casos de fallecidos y lesionados en las inmediaciones de puente llaguno es privar a las víctimas de investigar la responsabilidad que pudiera tener alguna persona en la comisión del mismo, ya que las mismas podrían ser cerradas por lo que quedarían doblemente desprotegidas: no establecerse si los hoy acusados son responsables o no, y

la imposibilidad de conocer si existe la participación de otras personas o agentes del Estado ya que no se podría realizar más investigaciones al respecto.- Es por todas estas antes citadas consideraciones que quién aquí decide declara que en el presente caso NO PROCEDE LA LEY DE AMNISTIA EMANADO DEL DECRETO NRO. 5790 PUBLICADO EN GACETA OFICIAL EXTRAORDINARIA NRO. 5870 DICTADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA HUGO CHAVEZ FRIAS y en consecuencia debe declararse SIN LUGAR la solicitud de SOBRESIEMIENTO hecho por la defensa de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 4to de la Ley Especial de Amnistía antes señalada; se acuerda que resuelta la presente incidencia, el juicio continuará su curso normal hasta tanto se determine si los hoy acusados son responsables o no de los hechos que le fueron imputados.- (extractos: punto tercero, cuarto y quinto).

De tal manera que se entiende según el criterio tomado en la decisión comentada, no haría falta un desarrollo legislativo a la hora de determinar si hay o no violaciones graves a los Derechos Humanos, pues la decisión de instancia, deja claro que de lo contrario se estaría negando la protección constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al no poder establecerse la responsabilidad del Estado en materia de violación de los Derechos Humanos desde el punto de vista del derecho interno venezolano. Es decir, que no es necesario el desarrollo legislativo dentro del ordenamiento jurídico interno para que los operadores de justicia califiquen los delitos de “violación de los derechos humanos”, entre otros crímenes internacionales, puesto se encuentran debidamente facultados para hacerlo, incluso por la propia CRBV.

No obstante, es necesario tener claro que desde el punto de vista de un Derecho Penal moderno, constitucional y desde el punto de vista de un Derecho Penal garantista, si bien es cierto, debe garantizarse la justicia, no menos cierto es, que en el proceso penal, no debe actuarse de manera contraria al debido proceso, a los principios y garantías constitucionales y legales de todo ciudadano sometido a juzgamiento. Asimismo, es ineludible la necesidad del establecimiento de los tipos penales por el órgano

competente, mediante una Ley previa, excelsa, de manera taxativa. Ahora bien, el problema en Venezuela para el juzgamiento de los tipos penales internacionales, entre los que se encuentran “las violaciones a los derechos humanos” no es la falta de tipificación legal, porque el ERCPI ya es ley venezolana, sino la falta de adecuación al sistema penal venezolano para su aplicación.

De tal manera, que esa debida adecuación ERCPI, es de suma importancia, para el Juez Penal, a la hora de interpretar y aplicar las respectivas normas. De allí, que el operador de justicia venezolano al hacer uso de la dogmática jurídica para determinar el verdadero sentido y alcance, sólo le queda la tarea de realizar esa actividad bajo los parámetros del principio de legalidad, que en materia penal se refleja mediante “el principio de legalidad de los delitos y de las penas”.

Por tanto, tal y como lo afirma la doctrina mayoritaria sobre esta materia, sólo esta sabia metodología, le proporcionaría a la labor interpretativa de los operadores de justicia los fundamentos para una seguridad jurídica y dentro de un verdadero estado de Derecho, además de la necesidad de atender dicha interpretación a los precedentes judiciales. Pues, si bien es cierto no debe haber impunidad bajo ninguna circunstancias, el ejercicio de la justicia penal, debe estar provista de un verdadero estado de derecho, democrático, social y de justicia, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, en otro aspecto Modolell, en la obra compilatoria de Kai Ambos y Malarino¹¹², hace un análisis de ciertos criterios recogidos en fallos del Tribunal Supremo de Justicia. Es así que en el estudio realizado a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, inicia precisamente con la sentencia

¹¹²Ambos Kai /Ezequiel Malarino (2008): Parenti, Pablo (Argentina), Aponte Alejandro (Colombia), Guzmán D. José Luis (Chile), Hernández Balmaceda Paul (Costa Rica), Modolell Juan Luis (Venezuela). *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.2008.p.336.

citada en los antecedentes jurisprudenciales, en el Capítulo II de esta investigación¹¹³, en la cual se emitió la siguiente opinión:

No obstante, una curiosa sentencia de la Sala Constitucional de TSJ pareciera admitir la posibilidad de aplicar directamente el Estatuto, para el castigo el castigo en Venezuela de los delitos allí tipificados. Así afirma dicha Sentencia en una de sus conclusiones: La responsabilidad penal por las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva. (extracto Sentencia No 3167, del 9/12/2002 Ponente Delgado Ocando). Claramente se expresa que, para la persecución de los delitos de lesa humanidad en Venezuela, se aplicarán en la parte sustantiva la Constitución Nacional (CN) y el Estatuto de Roma, aunque sin mencionar el Código Penal (CP), mientras que para la parte adjetiva se aplicará el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) , pues bien, ello no deja de parecer una simple declaración para la galería, ya que la ausencia de un sistema de penas en el Estatuto, compatible con el establecido en el CP, y su vinculación al principio de legalidad, tornan inaplicable la decisión mencionada. En efecto, aun cuando los tratados internacionales adquieran rango de ley en el derecho interno, al ser ratificados por la Asamblea Nacional (artículo 187.18CN), ello no implica que los tipos penales establecidos en el Estatuto puedan ser aplicables directamente en el derecho interno. Según lo establece el propio Estatuto, único órgano competente para la aplicación de las penas establecidas en él es la Corte Penal Internacional (CPI)

En cierto aspectos es de reconocerle a estos argumentos la razón, puesto que si bien cierto en la mencionada jurisprudencia se establece de manera expresa que en cuanto a la determinación de las conductas punibles y la respectiva responsabilidad penal de los tipos penales internacionales, y en específico, los de “lesa humanidad” se debe aplicar la normativa sustantiva prevista y sancionada en la Ley Aprobatoria del ERCPI, pero tal y como lo ha afirmado la doctrina mayoritaria sobre la materia, hay instrumentos internacionales que necesariamente necesitan de un desarrollo complementario legislativo para que pueda realmente ser aplicables en el

¹¹³ Sentencia número 3167, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. 9/12/02. Con Ponencia del Magistrado Manuel Delgado Ocando. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3167-091202-02-2154.htm> (consulta 23/06/2008).

derecho doméstico de que se trate, y este, es precisamente el caso que se presente en cuanto a ERCPI.

Por tanto, dicha implementación no puede desligarse, ni estar apartada de la legislación sustantiva penal, del derecho doméstico venezolano, pues al contrario, para que exista un verdadero derecho penal garantista en Venezuela debe armonizarse con los principios y garantías establecidos tanto en la Constitución Política, como con el Código Penal, y en específico a las normas prevista en el Libro Primero, referido a la parte General del derecho Penal venezolano. Con lo cual se reitera acá los argumentos esgrimidos en este estudio en cuanto al principio de legalidad de los delitos y de las penas, previsto y sancionado en el artículo 1 y 37 del Código Penal venezolano. De tal manera que para haya una verdadera adecuación legislativa y una efectiva implementación del ERCPI, es necesario que sea cónsono con dichos principios.

Por otro lado, con respecto a la limitante a la cual hace referencia sobre la aplicación exclusiva por parte de la CPI de las penas establecidas en el ERCPI, quien suscribe no está de acuerdo, porque a juzgar por lo que ha venido afirmando la doctrina mayoritaria sobre la materia, tal limitación no existe, puesto que, una cosa es la competencia de la Corte, y su respectiva jurisdicción internacional y otra es, la implementación del mismo dentro del derecho doméstico, de allí que el propio Estatuto ejusdem así lo previó, en el artículo 80, al disponer de manera expresa que el sistema de penas establecido en el mismo, no perjudica y por lo tanto, no tiene porque colidir con el sistema del derecho doméstico de los Estados Partes.

Además, resulta claro, que se debe tomar en cuenta el principio subsidiario y complementario que tiene este sistema penal internacional bajo los cuales se rige la CPI, pues no pretende sustituir la competencia, ni ejercer como regla la jurisdicción que le es propia a los Estados partes. De modo que, todas las discusiones sobre la materia apuntan a la adecuación y

armonización partiendo de su adaptabilidad con los principios y garantías propios de los ordenamientos jurídicos internos. Ahora, lo que si pudiera afirmarse, es que necesita un desarrollo legislativo complementario para la implementación del mencionado instrumento, sobre todo en lo que respecta a la adecuación al sistema del principio de legalidad de los tipos penales y de las penas aplicables en el derecho penal venezolano. En este sentido también se ha pronunciado el venezolano Fernández¹¹⁴, quien opinó lo siguiente:

I Introducción: En particular resulta indispensable fundamentar las razones por las cuales es necesario incluir en nuestra legislación penal sustantiva el término CRIMENES para que la tipificación de los hechos punibles más graves contra los derechos de la humanidad, claramente definidos en el ER como el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, en el entendido de que existe consenso acerca de su plena incorporación en la tipificación de los nuevos Códigos Penal y de Justicia Militar, lo cual es un mandato constitucional, una obligación frente a la comunidad internacional y una deuda con la población venezolana. Así las cosas, haría falta modificar el artículo 1 del Código Penal vigente (...). Luego, en lo relativo al resto del texto del Código Penal se hace necesario, incluir todo los crímenes identificados como el genocidio y los de lesa humanidad (...). Lo propio debe hacerse en el Código Orgánico de Justicia Militar, para incluir lo relativo a los crímenes de guerra (...). De esta manera deberá desarrollarse legalmente lo relativo a los delitos concebidos como Derecho Internacional Humanitario (...). VII Conclusiones: El estudio del Estatuto de Roma sobre CPI apenas está empezando a cobrar cuerpo en Venezuela, pese a que el país tuvo un destacado papel en la redacción de Estatuto en el seno de la ONU. V Venezuela debe ahora emprender la tarea de reformar los Códigos Penal y de Justicia Militar, para lograr el pleno desarrollo de la tipificación de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, a los cuales solo faltaría agregarles la palabra crímenes, como hechos o conductas punibles, y asignarle las penas que correspondan, según las reglas de proporcionalidad. Como anexo del presente se incluyen las propuestas de reforma pertinente. De otra parte y para finalizar, las normas relativas al procedimiento, la investigación, los

¹¹⁴ Fernández, Fernando M. *Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Reforma Penal y Militar en Venezuela*. Coordinadores: Vásquez Magaly, Chacón Quintana Nelsón. *Ciencias Penales: Temas Actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada*. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela. 2004, págs.. 514, 515, 529.

principios y los derechos y garantías son las piezas fundamentales de un juicio justo e imparcial, que asegure a los inocente que no sufrirán injusticias, pero que sea implacable frente a lo que no tiene justificación alguna. Es necesario divulgar el contenido de un instrumento que brinda las herramientas para combatir la impunidad de los crímenes contra la ha humanidad.

De lo cual, según se entiende, si es necesario el desarrollo legislativo complementario para la definitiva implementación del Estatuto en análisis, pero da una solución mucho más simple y rápida para su adecuación legislativa al derecho penal venezolano, partiendo de la reforma del artículo 1 del Código Penal para cambiar el sistema de clasificación de los tipos penales en Venezuela, bipartita por el de Tripartita, incluyendo a “los crímenes”.

Además, afirma que se debería crear una norma adicional dentro del Código Penal que establezca un sistema adecuado al principio de legalidad de las penas, que bien pudiera corresponderse con la propia ampliación del artículo 37 del Código Penal venezolano, correspondientes a la parte general, igualmente sugiere implícitamente, la reforma de la parte especial del Código Penal, que contemplan los tipos penales en específico, para incluir los crímenes internacionales a excepción de los de guerra que debería desarrollarse mediante reforma en el Código Orgánico de Justicia Militar por tratarse de un tipo penal de naturaleza militar.

Por último, asevera, con toda razón, la obligación del Estado venezolano de realizar la debida adecuación legislativa del mencionado instrumento, por cuanto asumió una responsabilidad internacional al suscribir y ratificar el ERCPI, pero no solamente por ello, sino que también, sería una forma de cumplir asimismo, con la propia población venezolana, creando los mecanismos para ampliar de cierta forma, las garantías sustantivas necesarias para evitar la impunidad de estos tipos penales tan graves, por ende garantizando la justicia venezolana. En efecto sobre las fórmulas de

adecuación del ERCPI para su efectiva aplicación el propio Fernández¹¹⁵ continúa afirmando lo siguiente:

De otra parte, no menos importantes, en la reforma de cada Código, y según lo aconseja la técnica legislativa se podría colocar con un solo artículo las penas atribuibles a los crímenes según corresponda y conforme a las reglas de la proporcionalidad, por lo que podría pensarse en penas de presidio entre 20 y 30 años de privación de libertad. Ello debido a que la tipificación de los crímenes se puede considerar existente de hecho y de derecho en el texto del ER, Salvo en lo relativo a la adjudicación del castigo correspondiente, el cual tiene como límite máximo la pena de 30 años de privación de libertad, debido a los límites constitucionales que hacen inaplicable la pena perpetua.

Ciertamente, una solución práctica y eficaz, para hacer efectiva en el ordenamiento jurídico venezolano la implementación y por ende la aplicación real del Estatuto de Roma en todo su contexto, podría ser crear un “solo artículo” que contempla las penas aplicables a los tipos penales internacionales previsto en el mencionado instrumento internacional, tomando en cuenta los principios del derecho Penal garantista, como lo es el venezolano, por tanto estableciendo la debida adecuación al “principio de legalidad de las penas aplicable en Venezuela”, de acuerdo al artículo 37, es decir, estableciéndolas entre dos límites “el mínimo” y “máximo” y en general tomando en cuenta todo el sistema de reglas propias aplicables en la realización de la dosimetría penal, tales como las circunstancias atenuantes, agravantes o en su defecto, pudiendo aplicarse el límite medio a falta de tales circunstancias.

Asimismo, propone que las penas deben estar fijadas con base al “principio de la proporcionalidad”, es decir, que las penas aplicar deben ser proporcionales al daño causado, por tanto debe aplicarse la pena que corresponda a cada tipo penal internacional en concreto y por otra parte,

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 515.

considera que no es necesario someter a estudio, la tipificación los tipos penales del mencionado instrumento, por considerar, con lógica razonabilidad que, ya esa labor legislativa está realizado por el legislador internacional tal y como se estableció de manera expresa en sus artículos 5, 6, 7 y 8 del ERCPI.

En todo caso propone que se hagan esas reformas legislativas dentro del ordenamiento jurídico penal venezolano, enfocando las mismas, en esos textos legales penales, como lo son, el Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar en los términos ya explicados anteriormente¹¹⁶. Ahora bien, Fernández a propósito de la existencia de un proyecto, mediante opinión dada al diario de circulación nacional “el Universal¹¹⁷”, hizo las siguientes afirmaciones:

Me parece positivo que se haya retomado la idea que, desde el año 2001, nos animó a participar en la elaboración de un nuevo Código Penal. No obstante, lamento que ello se haya hecho sin una amplia consulta y, de repente, aparece un proyecto. Es cierto que se tomaron algunas ideas de nuestro trabajo, pero hace falta muchos y profundos ajustes para evitar efectos colaterales indeseables en perjuicio de la justicia. Así, el proyecto de Código Orgánico Penal que elaboró la Comisión de Política interior de la Asamblea Nacional tipifica hechos punibles como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. No obstante, creo que los mismos no deben estar contenidos en

¹¹⁶ Cabe destacar que este jurista venezolano, ha trabajado arduamente en la posibilidad de implementación del Estatuto de Roma en Venezuela y en ese sentido, ha hecho propuestas claras de reforma. Llegando a hacer coordinador del equipo técnico de la Comisión Mixta, de la Comisión Permanente de Política Interior de la Asamblea Nacional venezolana, encargada de la realización de la propuesta para la implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Penal y Militar venezolana. (Labor que desempeño junto a un connotado equipo entre los años 2000-2004). Dicha Comisión, inició un proceso de análisis de la legislación vigente, en aras de realizar propuestas claras para la respectiva adecuación del instrumento penal internacional, pero la misma trabajó hasta el año 2004, sin poder concluir con la presentación oficial del proyecto de reforma ante el órgano legislativo, aunque ya habían realizado el análisis respectivo y tenían culminado el mismo, pero fue infructuosa dicha labor debido a la falta de voluntad política y de continuidad de las actividades legislativas de los proyectos en estudio debido al cambio de composición del órgano legislativo nacional. Sin embargo, ahí quedaron los trabajos realizados por la mencionada comisión. De allí, entonces, el motivo, por el cual, el mencionado jurista hace tales afirmaciones sobre cómo se debería realizar las reformas respectivas. Ahora, falta ver la decisión final que tomó el órgano legislativo venezolano sobre las propuestas, tomando en cuenta que en los actuales momentos existe un proyecto de reforma en estudio del Código Penal.

¹¹⁷ Fernández, Fernando M. Código Penal. (15/10/2010). disponible en: http://opinion.eluniversal.com/2010/10/15/opi_art_codigo-penal_2067015.shtml (fecha de consulta el 22/10/2010).

ese instrumento debido a su naturaleza de ser las peores ilicitudes que pueden cometerse. Por ello recomiendo que se redacte un Código de Crímenes internacionales que se adapte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los elementos de los crímenes y los principios de Derecho Penal Internacional que sustenta a estos instrumentos. Otro aspecto a mencionar es que no se haya depurado el listado de delitos vigentes, sino más bien se mantiene la tendencia de compilar en un solo texto todos los delitos que, actualmente, se encuentra desperdigados en leyes penales especiales. Creo que no se deben embutir todas las leyes penales vigente en un solo texto. Un buen Código debería tener unos 300 artículos. El proyecto que estudia la Comisión de Política Interior consta de 924 artículos.

Es claro, según se desprende de tales afirmaciones que el mencionado jurista ha cambiado un poco su propuesta original, pues actualmente opina no estar de acuerdo con que se incluyan los tipos penales como el de “Genocidio” y de “lesa humanidad” dentro del Código Penal venezolano, por considerar que no deberían ir allí, sino que debería hacerse un texto legal independiente que contemple todos esos tipos penales. Tal afirmación contradice un poco y colide con las propuestas de proyectos de reforma del Código Penal, en cuya realización el mismo formó parte, (al cual hace mención, según la opinión en comentario).

Sin embargo, valga el reconocimiento del cambio, porque tal y como lo han explicado diversos juristas, para ser un verdadero doctrinario se debe mejorar las propuestas de tesis planteadas en la medida que transcurra el tiempo y en la forma en que se profundice el complejo y variado estudio del derecho, pues ello conlleva a cambio de criterios. Ahora bien, en cuanto a la opinión, de no estar de acuerdo con la compilación de los tipos penales en un solo instrumento, como el Código Penal, no sería del todo acorde con una verdadera seguridad jurídica, más aún si se trata de normas cuyas infracciones conllevarían a restricciones de la libertad personal. Por tanto, en la medida de lo posible, si deben estar compilados los tipos penales en un solo texto, para que los ciudadanos conozcan con facilidad la normativa relativa a la tipificación de conductas.

Aunque, es cierto que los tipos penales internacionales tienen que ser implementados respetando no sólo los principios del derecho penal doméstico, sino también, los propios principios y reglas del Derecho Penal Internacional. Por otro lado, es evidente que el actual órgano legislativo no ha dado muestras en los últimos años de emplear una técnica legislativa adecuada, ni tampoco de hacerse acompañar de doctos en la materia. Sin embargo, es muy temprano para sacar conclusiones sobre el mencionado proyecto, pues no se sabe si será aprobado definitivamente en su contexto original, de manera que habrá que esperar el resultado de las discusiones sobre el mencionado proyecto en el seno del órgano legislativo. En otro aspecto, el jurista Modolell¹¹⁸, continuando con el análisis de la doctrina jurisprudencial y en relación con los tipos penales internacionales se expresa en los siguientes términos:

La propia Sala de Casación Penal también ha calificado la prostitución infantil como delito de lesa humanidad, aunque sin aporta mayores detalles: *‘Es oportuno advertir que la prostitución infantil es justicieramente considerada de modo universal como un delito de lesa humanidad, pese a lo cual registra un muy preocupante incremento en el mundo e incluso en Venezuela’*. Igualmente, la misma Sala también ha extendido tal calificación de la lesa humanidad al delito de terrorismo, considerándolo como un delito contra el “derecho de gentes”. *‘EL TERRORISMO, y máxime el TERRORISMO indiscriminador, desconoce las prescripciones del Derecho Penal Humanitario, hace peligrar vidas humanas inocente y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales, por lo que es un delito de lesa humanidad o “delicta iuris gentium” (...) El TERRORISMO, es un delito proditorio, protervo y proteico, que hace víctimas en particular, a las poblaciones de los Estados en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en todas partes. Al TERRORISMO, se le considera un delito internacional contra el derecho de gentes y por eso se han organizado unas coaliciones universales para enfrentarlos’*. En ambos casos anteriores, la Sala Penal parece atender a la gravedad del daño ocasionado, o de los medios utilizados, y a la existencia de

¹¹⁸ Ob.Cit.p.344, 345.

una organización criminal detrás de la realización del delito, para calificar un hecho como delito de lesa humanidad o no, sin acudir a la doctrina sobre crímenes internacionales, o al propio Estatuto, como referentes. El uso de dichos criterios explicaría por qué la propia Sala Constitucional también considera como tal el narcotráfico, aunque ella haya aludido al Estatuto para fundamentar dicha conclusión.

Según lo argumentado, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado que ciertas conductas punibles encajan dentro de los tipos penales internacionales denominados “crímenes de lesa humanidad”, pero el autor *ut supra*, pone en evidencia y con razón, la falta de estudio adecuado y acorde con la dogmática penal internacional y con los principios propios del derechos penal internacional, por cuanto todo análisis sobre los mismos, debería partir del estudio de la norma que contempla el tipo penal internacional de “lesa humanidad”, dentro del instrumento penal internacional (valga decir, el artículo 7 del ERCPI).

Ahora, también es cierto, que pudiera entenderse que de acuerdo a ambos fallos, la doctrina jurisprudencial de la Sala natural en materia penal, (como lo es la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia), estaría inclinada al criterio, en relación a la determinación de las conductas punibles, sobre la base del estudio de los elementos de los tipos penales internacionales atendiendo a la gravedad y a la pertenencia a una organización criminal, pero tal argumentación fue dada de manera superflua, sin contenido fondo, sin echar mano de la dogmática penal. Aunque no por ello, se estaría descartando del todo la posibilidad de que las mismas pudieran encuadrar dentro de los delitos de lesa humanidad, sólo que el Máximo Tribunal del País, tendrá que pronunciarse más adelante sobre la determinación precisa de la existencia de los elementos de los crímenes internacionales.

Hecha la observación anterior, se puede afirmar que el Estado venezolano, no solamente se encuentra en mora legislativa con respecto a

la implementación eficaz del ERCPI, sino que también la jurisprudencia patria ha sido escasa a los fines de dar respuestas acordes a los compromisos adquiridos por Venezuela al suscribir y ratificar el mencionado instrumento. Asimismo, tal y como lo afirma Fernández¹¹⁹, también se encuentra en mora con la población venezolana, por ello habrá que esperar los pronunciamientos respectivos tanto de órgano legislativo, como del máximo órgano jurisdiccional.

Doctrina y Jurisprudencia foránea

Es conveniente revisar ciertos criterios doctrinarios jurisprudenciales de determinados países que por sus connotaciones históricas y políticas, son en cierta manera, una experiencia que es importante tomar en cuenta para este estudio y es que en algunos Estados, se han producido en una u otra formas grandes violaciones a los Derechos humanos y en los cuales también se han cometido “crímenes” tipificados por el Derecho Penal Internacional y debido a esas atrocidades, ciertos ordenamientos jurídicos domésticos se han adelantado incluso al propio ERCPI en la aplicación y regulación de los crímenes internacionales dentro de sus sistemas penales, tratando de evitar la impunidad en ciertos momentos.

Ahora bien, dentro de ese proceso previo al ERCPI hasta llegar a las fórmulas actuales de adecuación, se han desarrollado en esos países, mejores fórmulas de aplicación de los Tipos Penales internacionales, por cuanto en su momento se aplicaron algunos Tratados específicos sobre determinados crímenes que se encontraban ya regulados con anterioridad al ERCPI, verbigracia, los casos del “Genocidio” y “los Crímenes de Guerra”. De allí, que dichas experiencias legislativas y doctrinas interpretativas son de

¹¹⁹ Cit.

suma importancia, para los países que están en ese proceso de iniciación de adecuación del mencionado instrumento internacional, dentro del Derecho Interno, como es el caso venezolano. En ese sentido, con mucha razón Ambos¹²⁰, al enfocarse en algunos países de Latinoamérica afirma lo siguiente:

Las violaciones de derechos humanos determinadas en los países analizados se llevaron a cabo en democracias formales, en las cuales la estabilidad de las instituciones democráticas en mayor (Bolivia, Chile) o menor grado (Colombia y Argentina) era bastante evidente, o sea, sus funciones se encontraban suspendidas temporalmente (caso especial Perú). Los *hechos* cometidos van desde las limitaciones de la libertad personal (detenciones arbitrarias de la 'desaparición forzada' prohibición de salir), pasan por la violación de la integridad corporal (torturas y otras violaciones corporales) y llegan hasta la violación al derecho a la vida (las ejecuciones extrajudiciales, las 'desapariciones forzadas', las masacres). De ahí que las ejecuciones extrajudiciales, las 'desapariciones forzadas' y las torturas, en su carácter de serias violaciones de derechos humanos, adquieran un significado sobresaliente. Esto está en concordancia con la situación internacional, como quiera que también para esa clase de violaciones de derechos humanos se crearan órganos especiales de observación de la ONU.

Es cierto que en Latinoamérica se vivieron grandes violaciones de derechos humanos y se llevaron a cabo crímenes internacionales, aunque es claro, que en unos países se vivió con mayor gravedad que en otros. Sin embargo, tal y como lo ha afirmado la doctrina en general, también es cierto, que la realidad histórica Latinoamericana está marcada por dictaduras militaristas, lo que conllevó a tales atrocidades vividas sobre todo en el siglo pasado. Así mismo, se destaca que en algunos países se encuentra instaurada la democracia como modelo político, pero también se puede afirmar que en muchos casos, sólo existe desde el punto de vista formal, más

¹²⁰ Ambos Kai. (1997). *Impunidad y Derecho Penal Internacional: Un estudio empírico dogmático sobre Colombia – Bolivia – Perú – Chile – Argentina*. Primera Edición colombiana. Edición Biblioteca Jurídica Diké. Colombia.1997.p.123, 124.

no real, pues en ellas, siguen subsistiendo marcadas violaciones de los Derechos humanos y grandes desigualdades.

Por último, destaca el hecho de creación de los sistemas de protección en el ámbito universal, donde existen diversos órganos convencionales y extraconvencionales para la protección de los Derechos Humanos. Es así, que se justifica el estudio y análisis de los precedentes de la jurisprudencia comparada, pero debido a la gran cantidad de la misma, es conveniente para el presente punto tomar referencia sólo ciertos países Latinoamericanos con tradiciones jurídicas similares a la de Venezuela. Dicho análisis jurisprudencial foráneo, no pretende agotar el tema, sino sólo ciertos aspectos relacionados con el lo analizada en el presente estudio. Por tanto, se analizaran algunos precedentes judiciales de los siguientes países:

Argentina:

En ese sentido cabe destacar el fallo¹²¹ sobre la solicitud de extradición realizada por el Estado Italiano, al Estado Argentino, a al considerar los siguientes argumentos:

Considerando: 1º) que contra la Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia, el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelaciones previsto en el artículo 24, inciso 6º del decreto ley/1285/58 que fue concedido, el señor Procurador General al expresar agravios en esta instancia solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa, al contestar el traslado que se le corrió, pidió que se

¹²¹ Fallo Número 16.093, de la Corte Suprema Argentina de fecha 2/11/95. *Decisión sobre la Solicitud de Extradición del ciudadano "Erich Priebke.* Disponible en: <file:///E:/Fallo%20%E2%80%9CPRIEBKE,%20Erich%E2%80%9D.%20CSJN%20%C2%AB%20Aula%20virtual%20Derecho%20Penal.htm>. Fecha de Consulta 26/11/10).

confirmará. 2º) Que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no () prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura prima facie delito de genocidio. Ello así, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la del Genocidio. 3º) Que frente a la índole de tal calificación, resulta obvio que el país requirente haya procedido a solicitar la extradición sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los Tribunales del lugar donde se han cometido (arts. 75 incs. 22 y 118 de la Constitución Nacional y arts. II, III, V, VI y VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4º) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional. 5º) Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya, y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada. Por ello, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la extradición de Erich Priebke por la muerte de las trescientas treinta y cinco personas, por la que fuere solicitada.

En clara la polémica que ocasionó este fallo al momento de su emisión, pues para entonces ni siquiera estaba en vigencia el ERCPI y la Argentina estaba en ese proceso de adecuación de los Tratados especiales que ya existían sobre el Derecho Penal Internacional, sobre todo por las circunstancias y experiencias vividas en ese país sureño. De tal modo, que según dicho criterio, era necesario darle una interpretación más allá del Derecho Doméstico a este tipo de casos, con connotaciones graves. Es así, que se destaca tanto en esa causa de extradición, como en otros casos semejantes, la existencia de criterios contrarios sobre la debida interpretación de los tipos penales, en la diferentes instancias del proceso, porque unos eran del criterio de aplicar el Derecho Penal doméstico Argentino y otros de aplicar el Derecho Penal Internacional, sobre la base jurídica de los Tratados especiales de los cuales Argentina ya era un Estado Parte.

En tal sentido, en el presente fallo, se entiende que el máximo tribunal argentino, sentó criterio sobre la forma de cómo interpretar estos tipos penales a la luz del Derecho Penal, pero no sobre la base de los delitos

comunes, sino encuadrándolos dentro del marco jurídico penal internacional. Otro aspecto que resalta, y que es una consecuencia necesaria de lo afirmado anteriormente, es lo relacionado con la figura de la prescripción, pues la base del criterio de la recurrida que negó la extradición, era precisamente, sobre hechos que encuadraban en el tipo penal del Homicidio y por tanto, ya había operado la prescripción a la luz del Código Penal doméstico argentino, además de argumentar que no procedía por no cumplir con los términos del Tratado bilateral sobre extradición, existente entre el Estado requerido y el Estado requirente (entre Italia y Argentina).

De allí, que por esta razón, es que se recurre ante el máximo tribunal Argentino para que dirimiera la controversia planteada por este tipo de casos, a los cuales la fiscalía solicitaba que se revocara la decisión de la recurrida y se otorgará la extradición respectiva por tratarse de crímenes de guerra y que por tanto constituía una violación de las costumbres de guerra de conformidad con la IV Convención de la Haya de 1907. A criterio de la doctrina Argentina mayoritaria, la fundamentación de la Fiscalía coincidía con la definición dada sobre los crímenes de guerra, en el Estatuto de Londres para el Tribunal Internacional de Núremberg.

Entre otras cosas, en la causa "Priebke", la defensa afirmaba en su fundamentación que no procedía la aplicabilidad de los tratados sobre extradición existentes entre ambos países, (Argentina e Italia), porque por un lado el tratado de 1886 que existía entre ambos países ya había quedado derogado por los usos y costumbres internacionales y el de 1987 no procedía por cuanto sólo regulaba tipos penales comunes, más no, los de Derecho Penal Internacional, ni mucho menos, tenía alguna regulación sobre el Derecho de Gentes o del Derecho Internacional Humanitario.

De igual manera la Fiscalía, se fundamentó, (según la jurisprudencia en comentarios), en el artículo 118 de la Constitución de Argentina, por tratarse de ese tipo penal y porque podría comprometer incluso las propias relaciones

entre ambos Estados, además de que pudiera acarrearle responsabilidad internacional al Estado Argentino por incumplir con las disposiciones del derecho de gentes establecidos en los diversos instrumentos internacionales sobre la materia.

Asimismo, la Fiscalía se fundamentó en varias resoluciones de la Organización de la Naciones Unidas entre las que destaca 'la Resolución de la Asamblea General número 2391 (XXIII) del veintiséis de noviembre de 1968' que prevé de manera expresa la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra que fueron definidos en el Estatuto de Londres (mencionado anteriormente). Dentro de ese contexto, la posición Fiscal fue apoyada por el agravo propuesto por el Procurador General.

Por su parte la defensa alegaba que se confirmará la decisión apelada, pues sostenía que no había lugar a la extradición. Entre sus argumentos destaca que su defendido, el ciudadano Priebke actuó bajo órdenes superiores del ciudadano Herbert Klapper durante una guerra y que por lo tanto se encontraba justificada su actuación, además de que el mismo no ostentaba un cargo de poder dentro del grupo que llevó a cabo tal matanza. Todo ello, lo basaba, en los argumentos fácticos de la causa que llevó la justicia italiana en 1948 con ocasión del juzgamiento en contra del ciudadano Herbert Klapper.

Además, la defensa argumentaba que debían aplicarse de manera estricta los Tratados de extradición entre ambos países, sobre todo el de 1886 que era el vigente para el momento en que se cometieron los hechos, porque era aplicable al caso concreto, y que por ello, no procedía lo argumentado por el Fiscal del caso. Ahora bien, reforzando lo anterior, cabe destacar que el fallo en comentario fundamenta su decisión en la propia Carta Magna argentina y los Tratados especiales sobre los tipos penales específicos en materia internacional, verbigracia el Genocidio.

Todo ello, se dio sobre la base fáctica relacionada con los hechos ocurridos el 24 de Marzo de 1944 cuando las tropas nazis fusilaron a trescientos treinta y cinco civiles que no tenían la condición de prisioneros de guerra. La justificación de tal masacre en su momento, según las tropas Nazis era en represalias por la muerte de treinta y tres alemanes ocasionadas por la resistencia de Partisanos el día 23 de Marzo de ese mismo año. La mencionada matanza, es conocida como “Las fosas Ardeatinas”.

Según los hechos, de la causa que llevó la justicia italiana, la orden de dicha matanza la dio el propio Hitler al jefe de la tropa alemana apostada en ese lugar de nombre Herbert Kappler, la cual consistía en matar 10 italianos por cada uno de los diez soldados alemanes que murieron previamente y en las condiciones señaladas anteriormente. Ahora bien, según los fundamentos fácticos de la solicitud de extradición, se desprende que quien realizó la lista de las personas a ejecutar fue el propio Erick Priebke, incluyendo en la misma a un grupo variado de personas que oscilaban entre detenidos en espera de deportación, judíos y persona comunes de la calle, entre otros.

Por todo lo anterior, en sus consideraciones el alto Tribunal expresa los fundamentos por los cuales decidió otorgar y declarar con lugar, la extradición solicitada y revocar por ende, la decisión de la recurrida que había negado la misma, (por criterios antagónicos a los fundamentados por el máximo tribunal argentino). En fin de acuerdo a la causa y a la jurisprudencia citada, eran claros, los dos criterios extremos y las consecuencias jurídicas de cada uno de ellos. Por ello, concluyó el máximo tribunal Argentino, que si se tomaba en cuenta de manera estricta el derecho penal doméstico, tendrían que concluir que los tipos penales por la cual se solicitaba la extradición), no procedían, porque según la legislación del País requerido (Argentina) ya había operado la prescripción de la acción penal,

cuestión esta última que para el Máximo Tribunal Argentino, era inaceptable debido a la magnitud de los hechos.

Quizás unas de los argumentos destacables del fallo, es en su considerando cuarto, al afirmar que la calificación de los tipo penales de lesa humanidad, como lo es el Genocidio no depende del derecho Doméstico ni del Estado Requirente, ni mucho menos del Estado Requerido. Esto último, es razonable sobre todo por la naturaleza y origen de estos tipos penales, que como se ha afirmado en los anteriores objetivos, tienen además de los elementos básicos de los delitos domésticos, ciertos elementos especiales, exigibles a la luz del legislador penal internacional, además de tratarse de bienes jurídicos propios de la comunidad internacional.

De tal manera, que el fallo concluye, en que si procedía la extradición por tratarse de hechos de esa magnitud y que no podía encuadrarse en el homicidio, sino en el Genocidio previsto y sancionado en la Convención para la Prevención y la Sanción del tipo penal de Genocidio, figura jurídica del Derecho Penal Internacional. Por otro lado, pero siguiendo con la jurisprudencia comentada, vale la pena destacar en este punto lo afirmado en el voto disidente del Magistrado Petracchi Enrique S.¹²² al argumentar al respecto lo siguiente:

Considerando: 1º) Que no coincido con la posición de la mayoría. Considero que corresponde confirmar la sentencia de la cámara que no hizo lugar a la extradición solicitada. 2º) Que tanto la antigua Convención de Extradición con Italia de 1886 (aprobada en 3035 de 1893), como la nueva Convención de 1987 suscrita con ese País (aprobada por la ley 23719 de 1989) condicionan la procedencia de la extradición al cumplimiento de dos requisitos: que exista delito punible para el derecho de ambos países y que la acción penal correspondiente no se encuentre prescripta en el Estado requirente ni en el Estado requerido. La primera condición -es decir, la exigencia de punibilidad- resulta claramente del artículo 2 de la Convención que establece 'La extradición se admitirá exclusivamente por los delitos punibles, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de la libertad personal en su

¹²² *Ibidem*.

máximo a dos años, o con una pena más severa...´ También ello surge – implícita pero inequívocamente- de la antigua Convención, que, en su art. 6º, efectúa una enumeración de los delitos extraditables, agregando dicha norma que no corresponderá la extradición cuando al delito le correspondiese ´una pena simplemente correccional (art. Cit. última parte). La segunda condición: que no debe estar prescripta la acción penal para ninguno de los dos países, surge, en la vieja Convención, del art. 8º, y en la nueva art. 7º, inc. b). 3º) Que los hechos por los que Italia solicita la extradición de Priebke encuadran prima facie, y claramente, en el delito de homicidio previsto en el Código Penal Argentino. Tal emplazamiento acarrea la ineluctable consecuencia de que no correspondería la extradición por hallarse prescripta la acción penal correspondiente (conf. al art. 62 de dicho Código Penal).

Tal y como se entiende, el Magistrado Disidente, es del criterio jurídico de la recurrida que negó la extradición, pues según su fundamentación no procedía, porque no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por los Tratados bilaterales de extradición entre el Estado requirente y el Estado requerido (entre Italia y la Argentina). Destaca además, que los hechos encuadran dentro del tipo penal del homicidio y que por tanto, ya había operado la prescripción de la acción penal del mismo, desde el punto de vista del Derecho Argentino. Ahora bien, quizá lo que refuerza y delimita el voto disidente de Petracchi, es lo expresado en el considerando número 4 y 5, donde continúa su argumentación jurídica en la forma siguiente:

4º) Que esta conclusión pretende ser obviada por la mayoría con el argumento de que la conducta por la que se quiere extraditar a Priebke no sólo está reprimida en la legislación penal ordinaria –con la consecuencia ya señalada supra- sino también en ´el derecho de gentes´. Conforme a este último aquella configuraría ´un crimen de guerra´ o en su caso de ´lesa humanidad´ cuya fuente formal sería, no el derecho penal ordinario sino los usos y costumbres internacionales y ciertos instrumentos (tratados, convenciones, declaraciones) producidos en dicho ámbito(...). Entre tratados internacionales recientes esta conducta aparece asimismo catalogada como ´crimen de guerra´. Así, por ejemplo, el protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que en su artículo 51, inc. 6º establece: ´Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles´ (aprobado por la ley 23.379, promulgada el 9 de octubre de 1986). Esta clase de normas parecen corresponder a la conducta que se imputa Priebke y, por lo tanto, autorizarían a concluir que, bajo el Derecho Argentino, aquélla es

contraria a derecho. 5º) Que sin embargo –y esta es la diferencia fundamental que tengo con la mayoría- dicha criminalidad lato sensu no es suficiente para entender reunidos los requisitos impuestos en las convenciones suscriptas con Italia. En efecto, estas exigen además, que las conductas correspondientes sean punibles, es decir, que tengan previstas una pena en los derechos de ambos países (requiriente y requerido). En este punto los citados tratados no han sido innovadores pues dicho requisito es habitual en los convenios de extradición. Si se quisiera prescindir del él habría que demostrar inequívocamente que los países signatarios decidieron autorizar la extradición aunque las conductas en cuestión no estuvieran amenazadas por una sanción penal. Es decir, que a la luz de lo ordenado en las citadas convenciones, el Estado Argentino debería estar en condiciones de afirmar que la conducta imputada a Priebke, aunque para el derecho penal ordinario no puede ya ser objeto de persecución penal (conf. Art. 62 del Código Penal), sería punible a la luz del ‘derecho de gentes’ (sobre la base, por ejemplo, art. 50 de la Convención de la Haya de 1899, ya citado) si Priebke pudiera ser juzgado y condenado en nuestro país. O sea, que para resolver el caso hay que preguntarse si un juez argentino podría hipotéticamente, con independencia de lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, condenar a Priebke con base a normas, por ejemplo, como el nombrado artículo 50 de la Convención de 1899 y otras disposiciones análogas citadas en el voto mayoritario y que también reprimen el ‘crimen de guerra’. Si la respuesta es positiva, la conducta será –conforme a los términos de las Convenciones suscrita con Italia-sujeta a pena y su autor, por lo tanto, posible de extradición. En caso contrario esta última no será posible. El juez argentino no podría condenar pues el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la constitución nacional ‘exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar’ (fallo 311:2456, entre muchos otros). Tampoco se podría llenar el vacío de ausencia de pena con una remisión a la ley penal ordinaria, combinando la pena de ésta –cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescrita- con un tipo del ‘derecho de gentes’...

En tal sentido, destaca del argumento en comentario, los cuestionamientos sobre el fundamento del voto mayoritario. En ese sentido, para Petracchi, contrariamente a la decisión de la mayoría en el caso concreto, la situación fáctica por el cual se solicitaba dicha cooperación internacional en materia de extradición, encuadraba en el delito de homicidio y en consecuencia había transcurrido el tiempo legal para que operara la prescripción, de allí que jurídicamente era improcedente acordar dicha solicitud italiana.

Ahora bien, el mencionado Juez disidente expresa que si se aceptará la interpretación basada en que los hechos encuadran como “crimen internacional” o “lesa humanidad”, tendría entonces que concluirse ineludiblemente, que se debería aplicar el Derecho Penal internacional, conformado por los respectivos instrumentos internacionales vigente para ese entonces, pero el problema no termina allí, pues si bien cierto, por un lado se resolvía el problema de la prescripción, por el otro, surgía otra dificultad referida a la falta de penalidad de la conducta típica.

Vale recordar acá, que para el momento en se dio de dicha jurisprudencia, no estaba vigente el ERCPI. Igualmente, cabe señalar, que uno de los instrumentos internacionales, en que se basó la decisión que acordó la extradición, fue el de la Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”, (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9/12/1948), de allí que destaca el magistrado disidente que en dichas normas internacionales, no establecía de manera expresa penalidad alguna para esos tipos penales.

De igual forma, cabe mencionar que en materia de extradición, hay que cumplir con ciertos requisitos, entre los que se destaca “el principio de la doble incriminación”, que tal y como lo que expresa Arteaga Sánchez¹²³: ...”el hecho que da lugar a la extradición debe ser constitutivo de delito en la legislación del Estado requirente como en la legislación del Estado requerido”. Igualmente Sosa Chacín (citado en la misma obra¹²⁴) afirma que “esta identidad de tipos delictuales se requiere para el momento en que se solicita la extradición, para el momento de la entrega y para el momento de la comisión del hecho”.

Entonces, se entiende que para que se verifique este principio, es necesaria la tipificación de la conducta en los derechos domésticos de ambos

¹²³ Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Undécima Edición Actualizada. Ediciones Liber. Venezuela.2009.p.6

¹²⁴ *Ibidem*.

países (requiriente y requerido), lo que significa que la conducta esté tipificada como delictual y que tenga establecida como consecuencia jurídica una sanción o una posibilidad de ser punible. De allí, que el cuestionamiento del voto disidente, radica en que no cumple del todo con esa doble incriminación, pues si tomamos en cuenta lo afirmado por Sosa Chacín no sólo debe estar tipificada la conducta al momento de la solicitud de extradición, sino también debería estar tipificada incluso, desde el mismo el momento en que se cometió el hecho¹²⁵.

Al respecto cabe apuntar, que el principio de legalidad, no solamente exige que ciertas conductas estén previstas de manera expresa como delito dentro de la ley penal, sino que además dichas conductas sean “punibles”, es decir, que tenga establecida la respectiva sanción. Es así que el principio de legalidad, es denominado por la doctrina penal mayoritaria como “el principio de legalidad de los delitos y de las penas”. De allí, la lógica de la razonabilidad disidente.

Por otro lado, cabe mencionar además, que si se aceptara hacer una especie de doble aplicación de la norma penal, tanto internacional, como la del derecho doméstico, en relación a la tipicidad, sería como aceptar una especie de híbrido conformado por ambas normativas, cuestión, no permitida dentro del ámbito de competencia de los jueces del Estado Requerido o Requiriente, pues, es contrario a los principios y garantías que deben

¹²⁵ Siendo así las cosas, de acuerdo al criterio disidente, para el momento en que el Estado Italiano solicitó la extradición no estaba establecida una pena específica para ese tipo penal “Genocidio”, ni dentro de la mencionada Convención y menos aún, dentro del ordenamiento jurídico penal doméstico de Argentina, por tanto, no podría ser juzgado por la justicia Argentina, por no cumplir a cabalidad con el principio de la doble incriminación. Ahora bien, la Convención en la que hace referencia es Sobre la Prevención y Sanción del 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, cuyo texto fue aprobado por el Estado Argentino mediante Decreto Ley 6286/56, Adhesión a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, (9/4/1956)), Disponible en: (<http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/document/internac/convpsdg.htm>), establece el compromiso de los Estados Partes de prevenir, juzgar y sancionar el Genocidio. Así mismo, asumen, la responsabilidad de realizar el desarrollo legislativo acorde a cada ordenamiento jurídico interno, con el fin de adecuar el mencionado instrumento internacional a la legislación doméstica, estableciendo con ello, las sanciones penales a que hubiere lugar.

prevalecer dentro de un Sistema penal garantista, democrático y dentro de un verdadero estado de Derecho. Solamente queda por concluir, que es cierta la argumentación anterior, pero también es evidente, que la propia Constitución Argentina para ese entonces, ya establecía la obligación de prevenir y sancionar los crímenes internacionales.

Igualmente, destaca que el Estado Argentino, era parte de la mencionada Convención para ese entonces y por lo tanto, debía cumplir con su obligación adquirida de la responsabilidad internacional, a partir de la suscripción y ratificación de la misma. En consecuencia, el mencionado instrumento formaba parte del derecho interno argentino y por ende ya existía de cierta manera la tipificación respectiva, haciendo falta sólo el establecimiento de la pena. De igual forma, quizás lo más relevantes de la jurisprudencia en comentario, son las dos posiciones doctrinarias existentes, pues, por un lado, está la del criterio disidente en el cual resalta los cuestionamientos antes analizados y su fundamentación en el derecho interno vigente para ese entonces.

De allí, la consideración de encuadrar los hechos en un tipo penal común, como el de el homicidio, con los efectos de la prescripción, de acuerdo a la regla general para este tipo de delito común, y por otro lado, está el criterio mayoritario del mencionado fallo, basada en evitar la impunidad de estos tipos penales, inclusive, interpretando de manera distinta los principios y garantías establecidos en el ordenamiento jurídico penal interno, con el fin de colaborar desde el puto de vista de la cooperación internacional con la justicia universal.

Del mismo modo, destaca de este último criterio, que de los demás instrumentos internacionales aplicables a este caso concreto, se evidencia que dichos hechos encuadran dentro de los crímenes internacionales y por tanto, la acción penal es imprescriptible. Aunque el cuestionamiento sobre el establecimiento de la pena queda sin resolver, además, de no estar claro el

fiel cumplimiento y apego al principio de legalidad y la necesaria punibilidad de los tipos penales.

En cualquier caso, es importante aseverar asimismo, que el mencionado caso Priebke curiosamente terminó en Italia, con una sentencia de fondo condenatoria, de 15 años, en fecha 23/07/1997, pero no por el delito de Genocidio en el que se fundamentó la decisión de extradición de la Corte Suprema Argentina, sino por un tipo penal establecido en la legislación penal militar Italiana específicamente “Concurso de Homicidio continuado cometido por Militares enemigos en perjuicio de ciudadanos Italianos”¹²⁶

Ahora bien, dicha jurisprudencia argentina ha sido objeto de diversos estudios por varios autores expertos en la materia, al igual que la sentencia de fondo de la justicia italiana, lo que conllevado a distintas reflexiones jurídicas importantes, pero no son objeto de estudio de la presente investigación, aunque si es importante haberla incluido en el presente capítulo, pero sólo para ver la posición doctrinal en cuanto al proceso vivido, en referencia a la validez de la aplicación de los tipos penales internacionales en el país sureño. Ahora bien, otro fallo importante dentro la jurisprudencia Argentina en ese respecto y que vale la pena destacar es sobre el caso de sustracción de menores de 10 años¹²⁷ a propósito del análisis hecho a la jurisprudencia argentina sobre el Derecho Penal Internacional, Es así que la misma expresa lo siguiente:

¹²⁶ según se desprende del análisis que en su momento hiciera Bartolo Pasquale, al mencionado fallo italiano, los cuales sólo se hace mención acá para resaltar el anterior comentario. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_14.pdf. p 318.

-Pasquale Bartolo. (2001-2002). *La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario del Derecho Penal 2001-2002. El caso Priebke y la Sentencia de la Corte Militar.* Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_14.pdf.

¹²⁷ Ambos Kai /Ezequiel Malario (2008): Parenti, Pablo (Argentina), Aponte Alejandro (Colombia), Guzmán D. José Luis (Chile), Hernández Balmaceda Paul (Costa Rica), Modolell Juan Luis (Venezuela). *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional.* Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2008. p.40.

...Es claro que la ley nacional, aplicable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un Estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten *en toda su dimensión* a las conductas que se consideren crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del estado, etcétera). Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran *especialmente* aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales etcétera), aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación. Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la comunidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas si esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable.

Es así, que de acuerdo a estos argumentos jurisprudenciales, la aplicabilidad efectiva y eficiente del Derecho Penal Internacional y de los instrumentos internacionales que lo contemplan, dentro de la jurisdicción interna de cada Estado, va a depender en gran medida, del cumplimiento de la responsabilidad adquirida por cada uno de los Estados al suscribir, ratificar los mismos. Ahora bien, también se entiende de dicho criterio juzgador, que puede haber tipificaciones de tipos penales en leyes penales internas, que son en cierta medida “semejantes” a los tipos penales del Derecho Penal Internacional, aunque es cierto que existen particularidades en el Derecho Penal Internacional que los hacen especiales con respecto a los de derecho interno, verbigracia “los delitos comunes” y que por tanto es necesario que se produzca la adecuación legislativa correspondiente.

También, el mencionado criterio aborda un aspecto específico y es el referido a la legislación argentina, en cuanto a la escasa valoración de ciertos elementos importantes a la luz de la interpretación de algunos tipos penales internacionales, verbigracia, las especificidades propias de los crímenes de lesa humanidad, donde se requiere que exista y en consecuencia sea valorado debidamente por los juzgadores, el elemento contextual del cual ya se ha venido discutiendo en este estudio, es decir, el de la “sistematización” o de la “generalización”, cuestión esta necesaria para la realización de la tipicidad respectiva, de acuerdo a los parámetro del Derecho Penal Internacional.

Aunque la mencionada decisión insiste en que eso no es óbice para aplicar los tipos penales ya existentes en la legislación penal argentina, aun faltado estos aspectos mencionados en los casos de crímenes internacionales. Sin embargo, es necesario destacar que no es del todo claro y acertado dicho criterio jurisprudencial, puesto que si se aplicaran los tipos penales del derecho interno, como si fueran los crímenes internacionales por tener similitud con los mismos, se pudiera correr el riesgo que no quedara claro la magnitud sobre la gravedad de los mismos y en consecuencia, pudiera producirse cierto grado de impunidad, por no apreciarse la magnitud del hecho en su pleno contexto para la determinación de conductas punibles, dentro de los tipos penales correspondiente.

Además de lo anterior, es indispensable, (desde el punto de vista de un Derecho Penal garantista) que los tipos penales estén tipificados de manera clara, precisa, excelsa, concreta, no habiendo cabida a interpretaciones analógicas, ni mucho menos se puede aceptar tipos penales ambiguos e inconclusos, valga decir, fuera del principio de legalidad y de la taxatividad de los mismos. En ese sentido, Parenti¹²⁸ al hacer el análisis de al mencionado fallo, expresa lo siguiente:

¹²⁸ Cit. p 40

En el caso argentino la pregunta se plantea en relación con los tipos penales de los llamados delitos *comunes* o delitos *ordinarios*: ¿puede o no considerarse que sus descripciones (más amplias) ya tipifican crímenes de derecho internacional? La respuesta que se sostiene en las primeras decisiones adoptadas en el caso de *simón* es que no se requiere una coincidencia literal entre la descripción típica de la legislación nacional y la descripción típica de la figura internacional, y, en particular, que la inexistencia en los tipos penales nacionales de referencia expresa a las circunstancias contextuales de la conducta no es impedimento para juzgar con ellos crímenes de derecho internacional que sí hacen referencia al contexto de acción...

Reiterando lo anteriormente argumentado, a propósito de jurisprudencia en comentario (“caso Simón”), según se infiere, ciertamente, dicho criterio juzgador justifica de manera directa, que una norma penal del derecho interno argentino, cuya tipificación prevé un delito común, sea aplicada en todos aquellos casos de crímenes internacionales que tengan relación con esa norma interna. En ese mismo sentido Parenti¹²⁹, al hacer el análisis jurisprudencial sobre el anterior fallo, afirma que:

De admitirse esta postura debería profundizarse en si la figura penal internacional jugaría algún papel concreto en el plano de la tipicidad o, en cambio, quedaría ‘diluida’ en el tipo penal nacional (más amplio). La cuestión no es irrelevante. Así, por ejemplo, la respuesta incidiría en el momento de definir los elementos subjetivos del tipo. Esta cuestión ha sido escasamente mencionada en la jurisprudencia nacional. Una excepción que puede mencionarse es la decisión de la Cámara Federal de la Capital Federal en el caso *amarante*, en la que luego de analizar los elementos típicos de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional la Cámara afirmó que ellos habrían sido conocidos por el autor. Esta solución terminaría por sostener, en definitiva, una verdadera *doble subsunción típica*: en un tipo penal nacional y en un tipo penal definido por el DPI.

Como evidencia el criterio anterior, no ha sido una tarea fácil, para los intérpretes y operadores del derecho penal Argentino, en lo que respecta a la

¹²⁹ *Ibíd.* p.41.

aplicación de los tipos penales internacionales, pues tal y como se ha analizado anteriormente, han habido diversos criterios antagónicos. De allí, que no terminan de ponerse de acuerdo sobre cuál es la mejor fórmula para la adecuación de los mismos al “Derecho doméstico” y esta problemática se refleja precisamente en el desarrollo jurisprudencial en comentario.

Es así, que el propio Parenti¹³⁰ pone en evidencia algunas cuestiones importantes, entre las que destaca los problemas de la tipicidad, relacionados con el modelo descrito por el legislador penal internacional y el descrito por el legislador penal doméstico. Pues, el problema radica en saber cuál es la adecuación correcta, (labor, poco simple y sencilla), pues el debate doctrinal en la Argentina, al igual que en otros países, estriba en sí, es suficiente los tipos penales domésticos existentes o si por el contrario, es necesario adecuar de manera estricta los tipos penales internacionales, respetando la descripción prevista en los respectivos instrumentos internacionales.

Vale la pena mencionar además, que el derecho doméstico contempla en general, descripciones básicas en las diferentes tipologías criminales, aunque igualmente prevé calificaciones especiales o agravaciones, (ya sea por el medio empleado o por los tipos de sujetos activos y pasivos que exige la norma, entre otros), pero partiendo siempre del modelo básico. Ahora bien, la cuestión radica, en si esas conductas graves encuadran dentro de esos tipo penales comunes.

Es claro, que la respuesta en sentido estricto, es negativa, si se toma en cuenta que las conductas tipificadas por el Derecho Penal Internacional, son de características y connotaciones especiales, puesto que las mismas, se producen en un contexto fáctico totalmente diferente al que se presenta en los hechos ilícitos penales comunes, por tal razón, es necesario indicar aquí, de antemano, que por muy graves que sea estos últimos nunca alcanzan las connotaciones de los primeros.

¹³⁰ *Ibidem*.

Otra situación que resalta Parenti¹³¹, es precisamente los problemas relativos a los elementos subjetivos del tipo, tomando en cuenta que para que se configure los tipos penales internacionales, verbigracia, de “Lesía Humanidad”, requieren que se desarrollen dentro de un contexto específico, como es el de “un ataque generalizado” o “sistemático” donde los sujetos activos de tales crímenes, los realizan, a sabiendas de que favorecen esa industria criminal de alto nivel, por formar parte de una política de Estado o de alguna agrupación criminal bajo la aquiescencia del mismo, por tanto la conducta dolosa y en consecuencia la intencionalidad, no es sólo la de cometer asesinatos, exterminio, esclavitud, sino que además lo realiza a sabiendas que sirve de medio para la concreción de los planes mayores, de una política de Estado, entre otras cosas.

Cuestión está de amplia valoración jurídica y de diversos debates, pues si los Estados deciden aplicar los tipos penales comunes previstos en el derecho penal domésticos, en los casos relacionados con crímenes internacionales, pueden presentarse situaciones jurídicas, como las reflejadas en las jurisprudencias analizadas, lo que conduciría de cierta manera a algún grado de impunidad. Aunque, es necesario indicar por adelantado, que los fallos analizados, se fundamentaron en hechos que sucedieron con anterioridad a la entrada en vigencia del ERCPI y, en la cual, no tiene aplicabilidad el mismo, sin embargo, en la actualidad, a pesar de la existencia de descripciones concretas, dentro una codificación internacional única, los problemas para su aplicación no son inexistentes o menores, tal y como se ha evidenciado en el presente estudio.

Así pues, se puede afirmar que los problemas de este tipo de interpretación van más allá de lo hasta ahora planteado. De allí, siguiendo

¹³¹ *Ibidem*.

con el mismo caso Simón¹³², en otra decisión posterior hubo cierto cambio de argumentación en la forma siguiente:

...Los crímenes que se juzgan aquí, en virtud de tratarse de crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazos de prescripción (imprescriptibilidad) y, por lo tanto no resulta aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 62 del CP. La aplicación de lo dispuesto en esa norma sería notoriamente inconsecuente con la consideración de los hechos desde la perspectiva del derecho penal internacional. En efecto, el derecho penal internacional, a través de normas imperativas, establece (y ya lo hacía a la fecha de la comisión de los hechos) que los crímenes contra la humanidad no prescriben, esto es, la acción penal que nace de la comisión de tales delitos no se extingue. Y ello es así con independencia de la voluntad de los Estados individuales y con independencia de la naturaleza nacional o supranacional del tribunal que tomó intervención para juzgar dichos crímenes. En ese sentido, debe decirse que el recurso a la ley doméstica de un estado sólo es válido –cuando se juzgan crímenes contra la humanidad- en la medida en que dicha ley sea compatible con las normas imperativas que rigen la cuestión. Así, es válido recurrir a la ley doméstica para determinar las penas que cabe aplicar (utilizando para ello los tipos penales en los que la conducta se subsuman) pero, en cambio, no resulta adecuado considerar aplicable una norma que establece plazos para la persecución de los delitos domésticos cuando ya la propia ley penal internacional establece con relación a ese punto que la acción para perseguir crímenes contra la humanidad no está sujeta a plazos de prescripción.

En esta segunda decisión del “caso Simón” se aprecia una racionalidad jurídica acorde a la magnitud de los tipos penales de derecho penal internacional, pues, los mismos son imprescriptibles, por tanto al aplicar la legislación del modo como se planteo en la primera decisión de la causa en comentario, es evidente, que le alcanzarían los efectos de la prescriptibilidad de los delitos previstos en ese artículo 62, de la parte general del Código Penal argentino para todos “los delitos comunes”, (entendiéndose por tales, los que se producen dentro de las relaciones normales de convivencias entre los coasociados), cuestión está que estaría claramente en contradicción con la legislación penal internacional, cuya imprescriptibilidad de los crímenes

¹³² Cit. Pág. 41

internacionales no está sujeta a discusión, pues tal y como lo ha sostenido la doctrina penal internacional, ello es así, en aras de evitar impunidad.

Cabe destacar y reiterar además, que fue precisamente, la comunidad internacional en su conjunto, que en aras de proteger la esencia de la humanidad, la que estableció, después de la segunda guerra mundial, la no prescripción de los tipos penales contra la humanidad, debido a la magnitud o a la gravedad de los mismos, por tanto no son idénticos a los tipos penales “comunes”, tipificados por los ordenamientos jurídicos penales de los Estados. De allí, que son perseguibles de oficio en todo momento y en cualquier lugar, por lo que en Argentina, se trató de aplicar la legislación doméstica penal, pero no adecuada a los principios y reglas propias del derecho penal internacional.

Aunque, es evidente que ese proceso en la actualidad a avanzado, en relación a la adecuación requerida para la aplicación en su ordenamiento jurídico interno de los tipos penales del derecho internacional. Todo ello, llama a la reflexión, que dentro del derecho penal doméstico (como llama la doctrina mayoritaria al derecho interno de los Estados), es necesario que se adopten las medidas para la correcta adecuación del ERCPI, pero respetando el alcance de cada una de las tipificaciones penales internacionales, atendiendo su descripción típica, puesto que las mismas guardan relación directa con la razón de ser de su propia existencia y con la finalidad de proteger bienes jurídicos internacionales que importan a toda la comunidad internacional en su totalidad.

Ahora, ello no debe entenderse, como excluyente del sistema penal interno, pues al contrario, debe adecuarse al mismo bajo los parámetros necesarios, dentro de un Derecho Penal garantista, de allí que se complementan, llegando los crímenes internacionales a formar parte del catalogo de los tipos penales del derecho interno. Claro está, que dichos instrumentos penales internacionales deben haber sido suscritos y

ratificados previamente por los Estados, (en este caso por Argentina), llegando entonces a ser ley, según la fórmula de la incorporación del Tratado (mediata o automática) prevista en el derecho interno.

Además, vale la pena reforzar el valor jurídico de los instrumentos internacionales que contemplan esta clase de tipos penales, porque en cierta manera viene a complementar los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos y del Derecho internacional Humanitario, puesto que permite impedir la impunidad y concretan la consolidación de la justicia universal y es precisamente, esa es la premisa, que sirve de fundamento o motivación de este último fallo argentino en el “caso simón”.

Ahora bien, Continuando con la doctrina jurisprudencial argentina. En ese sentido, también destaca además el análisis realizado por Parenti¹³³, sobre el criterio de la aplicación retroactiva de “la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) del 26/11/1968¹³⁴ (entrando en vigencia con posterioridad en Argentina). En ese sentido, el mencionado autor, hace un análisis sobre el desarrollo jurisprudencial relacionado con la interpretación del alcance y aplicación del mencionado instrumento. Específicamente menciona de manera referencial los votos de los Magistrados Eugenio Zaffaroni y de Highton de Nolasco en la decisión de los casos denominados “Arancibia Clavel” y “Simón”, de la Corte Suprema de la Argentina, en la cual afirma lo siguiente:

Las primeras decisiones judiciales que aplicaron la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se basaron ... en el argumento de que tal regla estaba consagrada previamente en la costumbre internacional. En esas decisiones la Convención sólo aparece mencionada

¹³³ Cit.

¹³⁴ Obra compilatoria de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana Sobre el Derecho Penal Internacional. Cit. Pág. 43.

como un antecedente demostrativo de la evolución de la regla en el ámbito internacional y del comportamiento del Estado argentino en la formación de esa regla. Sin embargo, luego de que el Congreso le otorgara jerarquía constitucional, en el año 2003, la Convención comenzó a ser aplicada a hechos cometidos antes de su ratificación por República Argentina. El principal argumento sostenido por quienes defienden una aplicación de la Convención para hechos anteriores a su ratificación se apoya también en la costumbre internacional. Específicamente, la costumbre internacional aparece mencionada para negar que la Convención sea una norma *materialmente* retroactiva. La retroactividad de la Convención sería sólo *formal* (en cuanto a su forma escrita), dado que la *norma* que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad ya habría estado vigente antes como regla consagrada en la costumbre internacional... Así en el voto de Zaffaroni en *Simón* puede leerse: 'Esta Convención (...) no hace imprescriptible crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal. (p 42, 43)

De tal manera, que el proceso de formación y desarrollo jurisprudencial que se ha vivido en la Argentina, en cierto sentido, es variable e innovador, aunque no deja del todo claro en sus planteamientos, sobre cuáles serían las soluciones correctas y definitivas, creando en todo caso, serios cuestionamientos acerca del no cumplimiento estricto del principio de legalidad y de alguno de sus subprincipios, como lo es la irretroactividad de las leyes penales, salvo que favorezcan al reo. Pues, es evidente, que en todo caso, la regla que debería imperar, es la de la sucesión de las leyes penales. De allí se derivan precisamente los grandes cuestionamientos de estos criterios anteriormente analizados.

Pues, dentro de un derecho penal garantista, no es procedente la aplicación de una ley penal posterior a hechos anteriores a su vigencia, (lo que se conoce con la locución latina "tempus regis actum", que traduce "el tiempo rige el acto", y ello es así, por razones lógicas dentro de un estado de derecho y de justicia. Ahora bien, es importante destacar la interpretación

que justifica la aplicación de la convención mencionada (sobre la imprescritibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) , pues le da una valoración jurídica formal, desde el punto de vista del derecho positivo, que según se entiende, es interpretada como un instrumento que conlleva al reconocimiento de una costumbre internacional inveterada, dándole incluso el carácter de ius cogens, pero es de aclarar que ambas figuras internacionales (“ius cogens” y la costumbre internacional”) no son lo mismo, aunque se relacionan entre sí y las dos forman parte de las fuentes principales del Derecho Internacional.

De todas maneras, según se entiende, el sentido que le da Zaffaroni para justificar la aplicabilidad retroactiva del mencionado instrumento tiene que ver con la de darle el carácter de ius cogens, es decir, la de darle el carácter imperativo, con obligaciones erga omnes, esto es que el principio ius cogens, según la doctrina internacional mayoritaria, se refiere a aquellas normas de derechos internacional, que no admite acuerdo en contrario, al menos que se establezca una nueva norma internacional, pero con el mismo rango o carácter, mientras que la costumbre internacional tal y como se entiende tradicionalmente, es una práctica generalmente aceptada como derecho, pero no necesariamente debe tener ese carácter obligatorio, sin embargo, puede que algunas prácticas inveteradas lleguen a tener tal carácter.

En fin, las dos figuras jurídicas son objeto de variados y extensos estudios, por la importancia que representa para el derecho internacional público, pero debido a esa necesidad ineludible de la comunidad internacional de protegerse contra atrocidades que pudieren atacar los intereses de la humanidad, es que se ha generado un consenso internacional sobre la imprescritibilidad de estos crímenes internacionales, para evitar a toda costa la impunidad y es por ello, que ha alcanzado el carácter de

principio de ius cogens y que por tanto, se entiende que debe estar por encima de los actos de los Estados.

Ambos¹³⁵, al respecto aclara aspectos relacionados con las jurisprudencias anteriormente citadas, específicamente, en referencia a las fuentes internacionales, entre las que destaca la costumbre internacional, de allí expresa lo siguiente:

2. Puesto que el derecho penal internacional es al mismo tiempo *parte del derecho internacional público formal*, puede originarse, básicamente, a través de la celebración de convenciones multilaterales por los Estados interesados (cfr. Art.38 (1) (a), ECIJ) o a través de la formación del derecho consuetudinario o principios generales del Derecho (cfr. Art. 38 (1) (b) y (c) ECIJ). El derecho consuetudinario son por cierto difícil de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional; tampoco con el ECPI estas fuentes han perdido completamente su importancia, pues éste deja abierto algunos ámbitos de regulación. De este modo, el art.21 (1)(b), que establece el derecho aplicable, remite expresamente a los 'principios y normas de derecho internacional' ('principles and rules of international law'), incluyendo como derecho aplicable de la futura CPI, entre otras cosas a la costumbre internacional y a los principios generales de derecho en el sentido del artículo 38 ECIJ...3. En lo que respecta en particular a las *fuentes* del derecho penal internacional, la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Sin embargo, conforme a los arts. 15 (2), PIDCP, 11 (2), DUDH y 7 (2) , CEDH una conducta puede ser sancionada, si ella era punible 'según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional'. Aquí, el concepto 'principios de derecho' no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1) (c), ECIJ, sino en el de las reglas de *derecho consuetudinario internacional* desarrollado sobre la base el derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener 'sin duda' el carácter de costumbre internacional... Desde luego, ella ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de derecho penal internacional en los arts. 5 a 8 y con

¹³⁵ Ambos Kai. (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones UCAB. Impresión Editorial Texto C.A. Caracas, Venezuela.2005.p.35, 36, 37.

la aprobación adicional de los derechos de los 'elementos crímenes' (elements of crimes' de modo abreviado: elementos') en virtud del artículo 9.

Sin duda, el derecho penal internacional forma parte del derecho internacional público, en cierto sentido sus fuentes son las mismas, aunque no con el mismo orden de prelación, sino en el orden que el mismo ERCPI establece en el artículo 21, en todos sus literales. De allí que el mismo, dispone como fuente primaria o principal el propio Estatuto, junto con los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y pruebas (la cual ya se hizo referencia anteriormente) y en segundo lugar los demás tratados y principios generales y normas de del derecho internacionales .

Igualmente aclara que entre ellas se incluye las normas del derecho internacional humanitario, aplicables a los casos en concreto, es decir, todas aquellas normas que pudieren aplicarse de manera supletoria, en todo aquello no regulado por las fuentes principales y que no sea contrario al ERCPI, ni al derecho internacional, ni mucho menos contrario a 'las normas y principios internacionalmente reconocidos' (literal b del artículo 21).

Ahora bien, el mencionado autor, resalta las contradicciones que pudiera traer tal orden de aplicación a los casos concretos por la especialidad de la materia, toda vez que se trata de derecho penal y se informa por tanto de sus principios, entre los que se destaca precisamente el principio de legalidad de los delitos y de las penas, donde la aplicación del derecho consuetudinario de cierta manera iría en contra del mismo, pues no se estaría ante una norma de derecho positivo internacional.

Ello es relevante, pues según se entiende, que inclusive se podría aplicar un tipo penal internacional, partiendo del establecimiento de la costumbre internacional generalmente aceptada por la comunidad internacional, es decir, el derecho consuetudinario. Ello, sería una especie de paradoja del principio de legalidad, pues una de las exigencias principales

dentro de un derecho penal garantista, es precisamente que exista la tipificación previa, concreta, clara, precisa de cuáles son las conductas típicas que son punibles y los presupuestos fundamentales para su delimitación. Aunque, debe entenderse igualmente, que en el proceso de desarrollo del derecho penal internacional penal, se deben tomar en cuenta ciertos caracteres propios del derecho internacional.

Tomando en cuenta las fuentes del Derecho Penal Internacional, en cuanto a la aplicación de normas, se destaca que de acuerdo a lo establecido en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y en específico, desde la propia Declaración Universal de los derechos humanos, así como del pacto internacional de los derechos civiles y políticos y en la Convención Europea, se hace un reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar tipos penales, a partir del establecimiento del derecho consuetudinario. Así que, pudiera interpretarse que dentro del derecho penal internacional, habría cabida a la costumbre internacional para el establecimiento de algunos crímenes internacionales y con ello, el reconocimiento de algunas normas referidas a evitar la impunidad, por cuanto atenta contra los intereses propios de la comunidad universal.

En suma, se puede afirmar que la aplicabilidad de las fuentes del derecho penal internacional, no dejan de ser complejas y polémicas, sobre todo, en cuanto a la aplicabilidad del derecho penal internacional dentro de los ordenamientos jurídicos domésticos, aunque en este proceso de desarrollo y de transición hacia una verdadera justicia internacional, se irán aclarando todos estos términos, con miras a superar toda esta problemática propia de un proceso en desarrollo, como lo es, actualmente el derecho penal internacional y con ello, el establecimiento del ERCPI.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se destaca dentro de la jurisprudencia argentina, aquellas que le impusieron categóricamente límites a las leyes denominadas de “impunidad”, entre las que figuran la

declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de autoamnistía de fecha 27/09/1983, porque protegían la impunidad de los crímenes internacionales cometidos bajo el gobierno de facto, dado que se declaraba extinguida la acción penal que pudiera existir en cuanto a los tipos penales realizados bajo un móvil “terrorista” o “subversivo” e incluyendo los relacionados con todas aquellas conductas típicas que se realizaron con miras a evitar o a prevenir tales actos criminales (terrorismo, subversivos).

Se observa entonces, que de acuerdo a los precedentes judiciales, el criterio argentino que se ha venido desarrollando en materia de interpretación de los crímenes internacionales, se ha establecido con miras a impedir la impunidad, sacrificando en algunos aspectos, ciertos principios convencionales domésticos y de una clara tradición doctrinal, como lo es entre otros, el principio de legalidad, poniendo en evidencia una discusión que tiene relación y relevancia con la adecuación del derecho penal internacional en los ordenamientos jurídicos internos.

Además cabe mencionar aquí, que el ERCPI, es un instrumento propio del derecho penal internacional y por tanto, los tipos penales y en general sus normas, forman parte del núcleo duro de protección de los derechos humanos, que como se sabe está conformado por: a) el sistema internacional de los derechos humanos, b) el sistema internacional humanitario, c) el sistema internacional de protección para los refugiado y por último, pero no menos importante, d) el sistema objeto del presente estudio, “el derecho penal internacional”. Es por ello, que los Estados parte de estos sistemas de protección internacional le dan tal relevancia y a la hora de aplicar la normativa dentro del derecho doméstico, lo hacen atendiendo no sólo, a una interpretación teleológica, sino también sistemática de ordenamientos jurídicos, es decir, de manera integral.

Finalmente cabe mencionar que, dichos precedentes argentinos en su mayoría tienen que ver con hechos acaecidos con anterioridad a la entrada

en vigencia del ERCPI, de allí, que habrá que esperar la interpretación del mismo en jurisprudencias futuras, tomando en cuenta desde la entrada en vigencia del mencionada Estatuto dentro del derecho doméstico argentino¹³⁶.

Colombia:

Por su parte en Colombia, el proceso de adecuación y aplicación de los crímenes internacionales y del ERCPI, tampoco ha sido fácil. De allí que, es importante destacar algunos precedentes judiciales que han sido objeto de análisis doctrinal, por las connotaciones que ha tenido la variabilidad interpretativa de algunos tipos penales, en los que para algunos doctrinarios colombianos, entre los que destaca Aponte¹³⁷, han privado ciertos intereses políticos y muchas veces ha llegado a decirse, incluso que: “es concebido como un medio absoluto autorizado para la consecución de cualquier tipo de finalidad política”, siendo categóricos además, al señalar que “el derecho penal se ha convertido hoy en un instrumento de de la política partidista”, es decir, es visto como meramente instrumental para la consecución de fines contrarios y diferentes a los del Derecho Penal¹³⁸.

Por tanto, es importante analizar en el presente objetivo algunas jurisprudencias en las que se aplicaron, por un lado, las normas relacionadas con el código penal colombiano derogado del 1980, por hechos que se dieron durante su vigencia y por el otro, algunas referidas a casos relacionados con la legislación actual. En tal sentido es necesario destacar acá a Aponte¹³⁹,

¹³⁶El ERCPI se implementó en la Argentina, mediante Ley 26200, sancionada el 13/12/06 y promulgada el 5/01/07 y publicada 9/01/07). disponible en: <http://abogadopoblete.blogspot.com/2007/02/ley-26200-corte-penal-internacional.html>

¹³⁷ En la obra compilatoria de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana Sobre el Derecho Penal Internacional. Cit.p.164.

¹³⁸Revista de derecho penal y criminología”. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-3&dsID=civiles_conflicto.pdf

¹³⁹ Ibidem.

sobre el análisis que hace de ciertos precedentes judiciales, ente los que destaca la providencia de la Sala Penal, con radicado número 12661 de 1999, (en el caso de San Vicente de Chucurí, en Santander¹⁴⁰). En ella, realza lo que representa como precedente contributivo a la interpretación del derecho penal internacional en el marco del derecho comparado y es así que afirma que:

En este caso la Sala penal estableció lo siguiente: 'El medio utilizado, artefacto explosivo, llevó implícito el resultado de causar temor en los habitantes de San Vicente de Chucurí. Los tornillos y otros elementos de hierro contenidos en la bomba para aumentar su poder destructivo, expelidos con el estallido, estuvieron destinados a agravar las heridas y aumentar los padecimientos de las víctimas afectadas con la explosión, lo cual torna bárbaro el acto'. En esta sentencia, la Sala Penal se ocupa del fenómeno de la complejidad del delito de rebelión y del fenómeno de la conexidad, de acuerdo con la manera tradicional como se había interpretado el delito político y la cláusula de exclusión de pena contenida en el Código Penal de 1980, que recogía una tradición de muchos años en la historia jurídica-política del país. El artículo 127 del Código Penal de 1980, con una cláusula de 'exclusión de pena', tanto para rebelión como para la sedición establecía lo siguiente: 'Los rebeldes y sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo'. De esta manera y de acuerdo con la historia Colombiana, en la cual, desde el siglo XIX y especialmente ligado a la Constitución de Rionegro de 1863 –con su artículo 91 sobre el derecho de gentes-, se han incorporados estatutos normativos propios del derecho internacional de los conflictos armados con el propósito de restar los efectos muy negativos de las guerras entre nacionales, y se han incorporado al derecho interno estatutos ligados a la noción de combate y a la noción de combatiente en las guerras europeas clásicas, el combate, como acción de guerra por excelencia...No obstante, cuando se tratara de muertes ejecutadas fuera de combate, de actos diversos contra combatientes rendidos, de torturas a éstos, etcétera, el derecho público colombiano había desarrollado la noción de actos de *ferocidad y barbarie*, como actos que excluían la aplicación de la cláusula de la exclusión de pena del artículo 127. Con la consagración del delito de terrorismo, también se agregó este delito a la cláusula del artículo 127.

En otras palabras, aclara que el aporte colombiano al derecho penal internacional en este tipo precedentes judiciales y legales, es relevante, pues

¹⁴⁰ *Ibidem*.

incluso, el mencionado autor titula dicho análisis, como “Los ‘actos de ferocidad y barbarie’: el legado del derecho público colombiano al derecho penal internacional”. Cabe mencionar, que los hechos que constituyen los antecedentes de la mencionada jurisprudencia ocurrieron en 1992, en el Municipio de San Vicente de Chucurí, del Departamento de Santander, donde se estalló una bomba al pasar una patrulla del ejército Nacional, pero justo en las inmediaciones de una central de abastos, de allí que resultaron muertos no sólo un soldado, sino dos colegialas.

En este mismo orden y dirección se evidencia, que a partir de la misma, se concreta los cuestionamientos sobre la aplicabilidad de la denominada cláusula de exclusión de responsabilidad penal en algunos ilícitos penales relacionados con los delitos políticos, pues se pone en entredicho si la regla en comentario, es aplicable a todos los actos que ocurrieren, incluso con ciertas connotaciones terrorista, sólo por el hecho de haberlo cometido un grupo de combatientes en contra del adversario, sin importar, que se generaran daños o muertes a civiles o a personas no combatientes, (lo que llamarían algunos actores de la guerra “daños colaterales”). De allí, el fundamento del mencionado criterio jurisprudencial, estableciendo con ello, diferencias entre los delitos políticos y otros actos que califica de “atrocidades” y “barbaros”.

Así, se establece con este precedente jurisprudencial un aporte importante, en la forma de interpretar y de encuadrar ciertas conductas típicas que alcanzan connotaciones complejas, pues van allá de los medios de comisión y de los fines de los delitos políticos. Ahora bien, en algunos casos incluso, pueden existir hechos, donde coexistan “delitos políticos”, con “delitos comunes”, tales como el delito social, denominado “terrorismo”, “el secuestro” o “crímenes internacionales”. Por lo tanto, mal pudiera aplicarse esa cláusula de exclusión que existía en esa norma penal del artículo 127 del Código penal derogado (1980).

Pues, si se hubiera seguido aplicando esta regla, bajo la excusa de ser delitos comunes conexos con los políticos, evitando con ello que se aplique la figura concursal correspondiente, hubiere cimentado una suerte de privilegios a ciertos delincuentes, que del todo no eran delincuentes políticos, pues aunque dichos hechos se dieran entre combatientes y dentro de una guerra interna, formada por diversos factores políticos-sociales, sin embargo, “el motivo político” no es ápice para justificar ciertas atrocidades en contra de las reglas mínimas de los conflictos, en cuyo caso, es exigible para los actores de la guerra, ya que se debe dar el respeto y consideración para los civiles y en general, para con los no combatientes, todo ello en la búsqueda de humanizar el conflicto de que se trate, (que en el caso colombiano, los actores de ese conflicto interno son: por un lado, agentes del Estado y del otro, miembros de los denominados grupos irregulares, llámense guerrilla o paramilitares).

De allí, que e acuerdo a las consideraciones anteriores, no por ello, estarían excluidos de la responsabilidad penal a que hubiere lugar por estos actos mencionados anteriormente. Puesto que, tal libertad de accionar, es inaceptable, vale decir, que no es válido realizar todo tipo de acciones en contra del enemigo, pues existen normas o reglas mínimas que regulan los conflictos ya sean internos o externos y en la actualidad, el sistema internacional humanitario lo regula claramente, conformado por esos 4 convenios de ginebra y sus dos protocolos adicionales y el artículo 3 común a los 4 convenios y demás instrumentos internacionales de protección de derechos humanos¹⁴¹.

¹⁴¹ Ahora bien, se pudiera relacionar, verbigracia con el precedente judicial venezolano, donde se reafirmó, de alguna manera los precedentes legales sobre la materia en Venezuela. Tal es el caso, del fallo de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia del 10/12/2001 en el caso conocido como “Ballestas”, con Ponencia de Alejandro Angulo Fontiveros, No.0869), donde se afirma que en muchos casos, los criminales se escudan bajo el ropaje de los delitos políticos para no responder penalmente de la misma forma en que lo haría si fueren responsables de delitos comunes o cualquier otro tipo penal, verbigracia, “el delito social de terrorismo”, cuyos fines, no son los mismos que los de los delitos políticos, pues en los primeros se buscan causar terror en la población, “atentan contra la paz social”, “la convivencia humana”, llegando a constituirse incluso en crímenes internacionales y los segundos, se refieren a aquellos delitos denominados altruistas con ciertas valoraciones especiales.

Ahora bien, el tratamiento que se le da al delincuente político, no es el mismo que se le ha dado al resto de personas responsables penalmente por otros tipos penales, pues se considera éste, como una persona que ejecuta tales acciones, porque quiere mejoras para la población, por tal razón, se le considera de manera benevolente, y altruistas, desprendido de todo egoísmo particular. De hecho, en la actualidad, ha perdido ese carácter de “conducta grave”, pues no es considerado como actos repudiables moralmente, como sí lo son los demás, por ello es que la mayoría de países no conceden la extradición por tales delitos, además de que se considera que no afecta en nada al país requerido, llegando incluso a proceder el asilo por tales tipos penales.

Así las cosas, el extracto de jurisprudencial citado cobra relevancia en todo su contexto, al destacar los medios de comisión utilizados, así como la magnitud del daño querido, (siendo de consideración especial, el hecho de querer agravar el sufrimiento a las personas objeto de tales ataques), además, de que no sólo se buscaba atacar al enemigo, sino igualmente causar alarma y terror a la comunidad en general, lo que llegó a concretarse, al realizarse en un lugar público de tránsito normal de personas civiles, en la cual se produjo el resultado ya conocido. Igualmente de los precedentes judiciales, el mencionado autor¹⁴² destaca otro fallo, de la Sala Penal, de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, de fecha 25/09/1996, al expresar lo siguiente:

Otro caso emblemático ilustra lo dicho (...), la Sala Penal estableció: ‘Son actos de ferocidad y barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar la crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesario a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio(...)’...En este caso se trató de la activación de una carga de dinamita, en la ciudad de Medellín, lo cual le otorga un carácter específico a la acción,

¹⁴² *Ibíd.* p.166.

sobre todo por la necesidad de generar consecuencias sobre los civiles. La carga explosiva se encontraba adecuada y preparada con metralla y otros elementos; ella no produjo la muerte o heridas a civiles, pero la Sala penal enfatiza los diversos daños que se ocasionaron en las edificaciones vecinas del sector...Incluso la Sala Penal aborda el derecho humanitario desde una perspectiva filosófica y no meramente jurídica: 'Del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos(...). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados' (...).

Anteriormente, a estos criterios, cuando se aplicaba la mencionada cláusula de exclusión de la acción penal, se hacía en la forma, (como ha sido denominada por la misma corte interamericana en jurisprudencia reiterada), bajo las "leyes de impunidad", pero acá no era propiamente bajo una ley de amnistía, pero si se asimilaban sus efectos en cierta forma, siempre que de acuerdo a la mencionada disposición, tuvieren que ver con hechos que se pudieren vincular con los delitos políticos. Esto, era inaceptable que siguiera pasando, pues, es evidente que la amnistía implica olvido y silencio sobre hechos que pudieran configurar crímenes internacionales y que en consecuencia quedaban sin castigo y por ende las víctimas, quedaban sin obtener justicia y la debida reparación. Hecha la observación anterior, cabe mencionar además, analizar un extracto jurisprudencial (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Casación número 18.499), con Ponencia del Magistrado Nilson Pinilla¹⁴³, citado por Aponte:

¹⁴³ Ibid.p.171, 172.

(...) con el ingreso al casco urbano de Segovia, aproximadamente a las 6:30 de la tarde del viernes 11 de noviembre de 1988 (...) de un grupo de facinerosos en varios vehículos, quienes se dedicaron a disparar de manera indiscriminada contra personas, vehículos, casas, bares, etcétera, ocasionando la muerte de cuarenta y tres seres humanos, entre hombres, mujeres y niños, y lesionado a muchos otros, en número indeterminado. Según reza la providencia, se denunció que ninguna autoridad acudió, por más de una hora, en auxilio de la población. Por dicha razón fueron vinculados a la investigación seis miembros de la fuerza pública, además de cinco civiles. Después de diez años, y luego de cubrir todas las peripecias propias de la legislación antiterrorista, aplicada en este caso y que fue recogida por decretos especiales luego de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política de 1991, fueron sentenciados diversos sujetos activos de las conductas. El juzgado regional que esta época hacía parte de la *justicia sin rostro*, mediante fallo del 31 de marzo de 1998 condenó a cinco sujetos como coautores del delito de terrorismo a 18 años de prisión, condenó como coautores de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio y lesiones personales con fines terroristas, a la pena de 30 años, a tres sindicados más. La Sentencia fue confirmada por el Tribunal Nacional. Como se ve la tipificación es compleja en la medida en que se aplican diversos tipos penales, incluido el terrorismo y otras acciones ligadas al mismo, en concurso con concierto para delinquir, y otras conductas. En general, el homicidio agravado o con fines terroristas, sirvió de marco de tipificación par las conductas que hoy podrían ser enmarcadas dentro del genocidio, más concretamente, del genocidio ocasionado contra un grupo político. Es de aclarar que en el juzgamiento se aplicó la noción de terrorismo, en el caso concreto de la creación de zozobra, a acciones cometidas por sujetos que esparcían panfletos anunciando amenazas. Estos hechos fueron anteriores a la acción descrita en el mes de noviembre. Tiene lógica esta interpretación, en cuanto a que el artículo 187 del anterior Código se refería también a la creación de zozobra mediante 'llamada telefónica, cinta magnetofónica, vídeo cassette o escrito anónimo'. El caso llegó a la Corte con argumentos múltiples, uno de los cuales es fundamental: de la competencia para el juzgamiento. La defensa, que instauró la demanda de casación, alegaba que era la justicia penal militar y no la ordinaria la encargada del juzgamiento de las conductas diversas de los distintos autores. La Corte Suprema desechó los argumentos y confirmó las sentencias condenatorias. En este caso, como se ve, el terrorismo fue el marco general de investigación y sanción de las conductas. (p 171, 172).

Se destaca que Colombia por medios de algunas causas y fallos ha juzgado y condenado ciertos hechos como graves, por atentar contra la vida y la integridad de los civiles, aun y cuando esos hechos ilícitos se hubieren cometido dentro del conflicto armado que vive el país neogradino. Ahora bien, es clara, la realidad político-social que vive desde hace años ese país,

como lo es el conflicto interno, que ha conllevado a la existencia de numerosas violaciones “graves” a los derechos humanos y de crímenes internacionales a gran escala, entre los que se destacan, los tipos penales de ERCPI.

En efecto ese desafío por internalizar, dentro del derecho doméstico el derecho penal internacional, no ha sido una tarea fácil, pues anteriormente, ante la inexistencia de un código internacional que comprendiera los tipos penales de ese ámbito, Colombia hizo diversas interpretaciones al momento de realizar el examen de la tipicidad, porque en principio encuadró estas conductas punibles en los delitos comunes, como el homicidio, siendo ésta la forma menos adecuada para interpretar todo el contexto en el que se representan los tipos penales internacionales, la cual, de cierta manera conllevó a la impunidad, por no sancionar a los culpables en su justa dimensión.

Cabe agregar, que después fueron apareciendo otras fórmulas de adecuación centradas en las nuevas figuras de los tipos penales que se crearon para contrarrestar precisamente estas acciones, como es el terrorismo, en cuyo caso resalta dos características del mismo “ferocidad” y “barbarie” a la cual ya se hizo referencia. Tratando con ello, de evitar que se siguieran encuadrando ciertas conductas punibles dentro de los delitos domésticos tradicionales, verbigracia, bajo el ropaje del delito político, dentro de los que destaca la rebelión y la sedición, que como se mencionó, causó impunidad, pues en estos casos se aplicaba la cláusula de exclusión del artículo 127 del Código Penal Derogado, declarada inconstitucional desde 23/09/1997 por la Corte Constitucional Colombiana, según lo afirma Aponte¹⁴⁴ al indicar que:

¹⁴⁴ Cit.p.165.

Debe aclararse que desde 1997, en ocasión de una Sentencia de la Corte Constitucional, se declaró inconstitucional el artículo 127 del antiguo Código Penal, de tal manera, que ya no se aplica en el país las nociones de conexidad o de complejidad del delito político y hoy las conductas que antes eran absorbidas por el delito de rebelión se castigan de manera independiente.

De hecho, tal declaratoria de inconstitucionalidad de la mencionada norma, es de gran importancia, como precedente jurisprudencial en la actualidad. Pues, tal criterio jurisprudencial fue acogido por el Legislador en el Código actual. Otro aspecto importante a resaltar de la jurisprudencia colombiana, es el relacionado con el fenómeno de desplazamiento. De allí, que el fallo de la Corte Constitucional Colombiana¹⁴⁵, al respecto se afirma lo siguiente:

Del examen de la evolución normativa y jurisprudencial que ha conocido la represión penal internacional de las violaciones a las normas humanitarias, la Corte encuentra que el concepto de violación al DIH va de la mano del aquel de crimen de guerra y no de crimen internacional y no de crimen *de lesa humanidad*, como incorrectamente se sostuvo en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002.

Por supuesto que el desplazamiento a que se refiere es “el desplazamiento forzado” o el “éxodo” obligatorio y en muchos casos masivo de personas, debido a la situación bélica que se vive en Colombia. Es claro, que en algunos sitios se nota la ausencia de un efectivo control por parte de las fuerzas institucionales colombianas para el mantenimiento de la seguridad, la integridad de las personas no participantes del conflicto armado, por tanto un número elevado de personas se ven obligados a dejarlo todo, para salvar sus vidas, aunque esa situación los conlleve en muchos aspectos a vivir una vida muy precaria.

¹⁴⁵ Número C-1076 de 2002, con Ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas 2.4.2. fuente disponible: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/02-C-1076.htm> (fecha de consulta 15/10/2010).

De tal manera, que el mismo, es considerado como un crimen internacional. Ahora bien, de acuerdo al extracto jurisprudencial, es evidente la problemática acerca de su encuadramiento o bien en el tipo penal de “lesa humanidad” o en el de “crímenes de guerra”, pues vale destacar que aunque ambos se pueden dar en tiempos de guerra, pero el cuestionamiento surge, por la prohibición del “desplazamiento forzado”, que se encuentra previsto en el Sistema Internacional Humanitario (DIH), pues específicamente está previsto en el II Protocolo Adicional a los 4 Convenios de Ginebra, (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 que en su artículo 17, dispone la “Prohibición de los desplazamientos forzados¹⁴⁶”, es por ello, la argumentación dada en el extracto anterior.

Según se ha visto, era necesario delimitar cuáles eran los tipos penales referidos a los crímenes de guerra o de lesa humanidad, para la debida interpretación a la hora de aplicar la correspondiente sanción penal por conductas punibles de este tipo. Cumpliendo así, en su justa medida el Estado Colombiano con su responsabilidad, evitando con ello la impunidad, y esta jurisprudencia deja claro y establece un criterio sobre la base de una interpretación más cónsona con el ERCPI, pues ambos tipos penales (“lesa humanidad” y “crímenes de guerra”) están bien delimitados dentro del orden respectivo.

De igual forma Aponte¹⁴⁷, en un parte referente al estudio titulado “caso 4: Desplazamiento de un sindicalista en el marco del conflicto armado interno de Colombia”, al analizar la providencia del Juzgado Penal del Circuito de descongestión, acuerdo 4082 del 22/06/2007, providencia del 15 de abril del 2008, código único de radicación 110013104911- 2008-00005-00, afirma lo siguiente:

¹⁴⁶Protocolo II. Disponible en: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/protocolo-II#5>. consulta (11/11/2010),

¹⁴⁷ En: Desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Disponible en: (http://www.citpaxobservatorio.org/archivos/Monografico_CITpax_Protocolo_desplazamiento.pdf)

La diligencias dan cuenta de que un grupo armado al margen de la ley, conocido como Auto Defensas Unidas de Colombia –Bloque Calima- llegaron al Municipio Bugalagrande en el año de 1999 y desde ese momento, comenzaron a presentarse una serie de delitos de homicidios, desplazamientos forzados de la población, amenazas, etc'. El juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado condenó en sentencia anticipada a Ever Veloza García, alias 'H.H', ex cabecilla de los bloques bananeros y calima de las AUC, a 62 meses de prisión. Los hechos investigados se registraron a finales del año 2000 y comienzos del 2001, cuando integrantes del bloque calima obligaron al desplazamiento forzado del líder sindical, Freddy Ocoró, miembro de Sintramunicipio de Bugalagrande (valle).

La forma de juzgamiento, en estos casos, muchas veces, no reflejan una verdadera justicia y en consecuencia una verdadera reparación a las víctimas de estos hechos, pues en realidad deberían encuadrarse en los tipos penales de ámbito internacional, previstos y sancionados en el ERCPI y fueron desarrollados y adecuados en el Código Penal Vigente Colombiano. También es cierto, que en ese tipo de acuerdos para que supuestamente haya paz y un restablecimiento de la normalidad dentro de la sociedad siempre se cae en injusticia, porque se establecen normativas penales de amnistía, bien sea total o parcialmente, como sucede en el presente caso que buscan el olvido de las atrocidades, pero que en realidad lo que visibilizan es la injusticia.

Ahora bien, es claro que, Colombia tiene un número elevado de desplazados, en todo el país, que en muchos casos se duda de una estadística concreta del número total, pues algunos temen ponerse dentro de esa protección del Estado, precisamente, porque el anonimato les da, desde sus puntos de vista, un mayor resguardo a la seguridad e integridad de sus vidas y las de sus familiares. En este sentido, es evidente también que varios organismos internacionales, (entre ellos resalta el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados "ACNUR") en sus informes anuales han expresado la gravedad sobre el tema de los "desplazados" afirmando

que el mismo, es el principal país con el mayor número de desplazados forzosos en el mundo actualmente.

En otro aspecto, también cabe destacar que hay algunas jurisprudencias de reciente data, donde la justicia colombiana ha declarado la prescripción de este tipo penal, sin tomar en cuenta que es un crimen internacional y de ciertas características específicas en cuanto a su ejecución, verbigracia los antecedentes relacionados con la masacre de Rio Naya, donde la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, declaró la prescripción del desplazamiento forzado. De allí, que siguiendo a Aponte, a juicio de quien aquí suscribe, no se tomó en cuenta ni siquiera que este era un delito de los denominados de “ejecución permanente” (Sentencia con radicado 31145 del 22/04/2009), además, vale acá resaltar que si el mismo, es un crimen internacional, no prescribe.

Así, también ha habido un desarrollo jurisprudencial en materia de desaparición forzada de personas y en general, en casos de crímenes de guerra y de lesa humanidad, pero todavía quedan muchos casos sin procesar y que a decir los diversos comités de víctimas se encuentran en el olvido, aunque igualmente hay muchos que se encuentran en proceso, pero que no habido la celeridad requerida para darle las debidas respuestas a las víctimas sobre el ejercicio de la justicia de sus casos, y por tanto están a la espera de la posible reparación respectiva.

Por último, cabe además reiterar, que desde el 24 de julio del 2000, se promulgó la Ley 599, por la cual se expidió un nuevo Código Penal Colombiano, en cuyo texto se incorporan dentro de su cuerpo normativo los tipos penales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es decir, los crímenes internacionales del derecho penal Internacional, en donde se destacan verbigracia en el libro II, Parte especial, de los delitos en particular: por un lado, en el título I, en “los delitos contra la vida y la Integridad personal”, en capítulo I se encuentra “el genocidio”.

Así mismo, dentro del mismo libro, del mencionado instrumento penal, en el título II, se encuentran “los Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, en un Capítulo único, en el que se encuentran una serie de tipos penales relacionados con los crímenes internacionales, en cuyo caso se protege o tiene por objeto la defensa del humano y de sus bienes necesarios para su mínimo bienestar y supervivencia, así como todo lo que pudiere servir para la perpetuación cultural dentro de contextos particulares, porque estarían referidos dentro de conflictos armados.

De la misma forma, en el título III, en “los delitos contra libertad individual y otras garantías”, capítulo primero, se encuentra la “desaparición forzada”, de cual se puede inferir que los tipos penales establecidos dentro del ERCPI, tuvieron un desarrollo y adecuación legislativa dentro del Código Penal Sustantivo Colombiano, pero es de esperar se logre una adecuada interpretación al momento de encuadrar los hechos dentro de la norma penal que contiene los crímenes internacionales, tomando en cuenta el tipo de incorporación que se hizo y la tradición sobre la interpretación de las diversas especies delictivas internacionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Es interesante mencionar además¹⁴⁸, la histórica decisión que recientemente emitió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá¹⁴⁹ en

¹⁴⁸ Además de las jurisprudencias anteriormente citadas, destacan las producidas en el caso de la masacre de las fincas Honduras, la Negra y la Mejor esquina, donde se aprecia tanto la complicidad de los agentes del Estado Colombiano, junto con algunos miembros paramilitares, que entraron y ajusticiaron a varias personas de una manera cruel. Igualmente, vale la pena recordar además, las sentencias de la Corte Interamericana en los casos de “la Masacre de Mapiripan” de fecha 15/09/2005. Disponible en: (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf) . “la Masacre de Rochela”, 11/05/07. Disponible en: (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf), donde se estableció la responsabilidad internacional de Estado Colombiano y en ambos casos, se basaron en hechos que reflejan una barbarie y atrocidad, que de alguna manera visibilizaba los grande crímenes que se ha suscitado en tierras neogradinas durante el conflicto armado, por los actores del mismo.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Colombia, con radicado número 110010704002-1999-04119-01. “Caso **Palacio de Justicia**” (De fecha 8/09/10). Disponible en: <http://centrosociopoliticoacore.blogspot.com/2010/10/sentencia-tribunal-superior-del.html> . (fecha de consulta 26/11/2010)

la cual declaró la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por el M- 19 en los hechos relativos al caso conocido como “la toma del Palacio de Justicia”, por considerarlos y calificarlos como de “lesa humanidad”, por tanto, los ex - miembros del desmovilizados del M-19, seguirán sometidos al proceso y en consecuencia, la mencionada decisión, ordena devolver la actuación al Juzgado Segundo Penal Especializado de Bogotá, que ya había declarado la prescripción a favor de varios integrantes del extinto grupo irregular.

Ahora bien, este proceso es de suma importancia para Colombia porque el mismo, se había finalizado en 1992, y en el cual estaban implicados personajes importantes en la actualidad política Colombiana, como lo es “Antonio Navarro Wolf, la ex congresista Vera Grave, “el comandante uno” Rosemberg Pabón, entre otros, aunque es relevante aclarar, que a varios de ellos se les concedió el indulto, dentro del proceso de paz del 89. Así pues, se esgrimen, ciertos aspectos del mencionado fallo, aunque es necesario indicar de antemano, que bajo ninguna circunstancia se pretende reproducir como un criterio sentado o como un precedente judicial, pues se entiende que en materia jurisprudencial, no es apropiado dentro una investigación, citar decisiones sobre procesos que estén abiertos y en el cual no se haya producido una sentencia definitivamente firme, pero por tratarse de un caso de tal relevancia, es conveniente resaltar algunos aspectos de manera enunciativa. En el siguiente extracto se afirma que:

No obstante, es importante aclarar, que no por el hecho de que exista un conflicto armado, los delitos cometidos por cualquiera de sus miembros, sólo puedan recibir el calificativo de crímenes de guerra y se excluya la posibilidad de que también incurran en delitos de lesa humanidad. El Tribunal considera que los crímenes de guerra sólo pueden vincularse a un acto propio del combate o de hostigamiento militar, entendiéndose por tal, en palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia “un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al gobierno nacional por parte de los rebeldes. Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción que

depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler (...) Casación 12661, mayo 27/99, M. P. Dr. Nilson Pinilla, criterio reiterado en la sentencia de Casación 12108, del 26 de febrero del 2001, con Ponencia de Jorge Córdoba Poveda 'no es cierto que todos los Punibles conexos con la rebelión, como el terrorismo y los delitos de lesa humanidad, como el secuestro sean actos de combate, sino que, como lo ha dicho la sala: '...esta expresión no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptará esta interpretación habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador. Partiendo entonces de que los aquí procesados para el momento de los hechos eran delincuentes políticos y que ese acto estaba determinado por su condición de subversivos, así como su desacuerdo con el régimen legal y constitucional, no por ello puede afirmarse que los delitos por los que se les acusa fueron cometidos en escenario propio de combate y que por lo tanto los punibles atribuido merecen el calificativo de crimen de guerra. Estima el Tribunal que asalto al palacio de justicia no puede calificarse como un acto propio del hostigamiento militar inherentes a las partes en conflicto, pues claro que tan atrevido comportamiento del M-19 no estaba dirigido a reducir a su adversario militar (fuerzas armadas), sino que fue una embestida a la institucionalidad del Estado representados por civiles ajenos al conflicto. No se trató de un hecho al azar, donde en cualquier momento puede emerger el combate armado entre adversarios, sino de un acto deliberado encaminado a atacar a la población civil.

El presente criterio está encaminado a aplicar la justicia dentro de los términos establecidos por el Derecho Penal Internacional, de lo que pudiera entenderse implícitamente que le ha dado una interpretación alternativa, por decirlo de alguna manera, y en cierto sentido muy similar a la aplicada por la justicia Argentina en el caso Priebke, pues es claro que dichos hechos sucedieron con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y sin embargo, decide en forma contraria a la decisión de instancia.

Asimismo, destaca, que es necesario diferenciar bajo que contexto se realizan ciertos hechos por parte de los combatientes, de cual se concluye que el hecho de que se esté dentro de un conflicto armado, no por ello, se debe interpretar que toda acción emprendida por la actores bélicos son crímenes de guerra, pues aclara que "los hecho del palacio de justicia",

fueron una acción directa en contra de civiles no combatientes y por tanto, no es tampoco un acto que surgió de manera sorpresiva de la cual no quedó otra alternativa diferente a los acontecimientos ocurridos, ni mucho menos se trata de un objetivo militar en contra del enemigo. De allí, que considera que los miembros del extinto grupo irregular deben seguir sometidos al proceso.

Como puede observarse, se destacan criterios reiterados del máximo tribunal Colombiano, en Sala Penal, sobre la importancia de no interpretar a todos los tipos punibles que tuvieron conexión con los delitos políticos (como la Rebelión), como delitos en “combate”, pues estos criterios tal y como se ha mencionado en las anteriores jurisprudencias, establecieron marcadas diferencias entre lo que se debe entender por hechos propios ocurridos entre combatientes y hechos ajenos a tales contextos. Todo ello ha sido superado incluso por la ley 599/2000¹⁵⁰, sobre todo con motivo de la polémica surgida por la interpretación de la cláusula de exclusión, del artículo 127 (del código penal derogado), declarada inconstitucional por la Corte Constitucional y finalmente fue excluida del actual Código Penal. Continúa el mencionado fallo expresando lo siguiente:

En la aplicación, del concepto de crímenes de lesa humanidad, son varios los elementos que permiten afirmar que algunos de los delitos indilgados a varios de los miembros del M-19 que no fueron beneficiados con el proceso de indulto, si merecen tal calificativo. (Casación 11837, febrero 4/99, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll). Como ya se dijo, el concepto de crímenes de lesa humanidad es autónomo frente a los crímenes de guerra y en palabras de la Comisión de Derechos Internacional ‘consisten en actos inhumanos de muy serio carácter que envuelven violaciones sistemáticas o generalizadas en contra de la población civil en todo o en parte...El término dirigido en contra de cualquier población debe hacerse a actos cometidos, como parte de un ataque generalizado por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos. Los actos particulares referidos en la definición son los actos cometidos deliberadamente como parte de ese ataque’. De la forma como fue ejecutado

150

el asalto al palacio de justicia aquel 6 de noviembre de 1985, emerge claro que este comportamiento obedeció a un alto nivel de planeación metódica por parte del grupo guerrillero M-19, de allí su sistematicidad; además, fue un hecho en el que se victimizó en su mayoría a ciudadanos indefensos los cuales fueron asesinados cuando se encontraban sin posibilidad alguna de repeler el ataque de los rebeldes que estaban fuertemente armados, siendo evidente que no fue un acto dirigido a reducir a su enemigo que eran las fuerzas militares colombianas, sino una agresión masiva contra la población civil que se encontraba en el lugar. También se trató de una conducta que generó repudio y conmovió la conciencia de los colombianos quienes después de más de 20 años continúan rechazando de manera vehemente los sucesos acaecidos en el año de 1985 y clamando justicia para que ese acto bárbaro no quede en la impunidad. Las anteriores circunstancias, son claramente indicativas de que la muerte causada al personal civil que se encontraba en el palacio de justicia durante el asalto desplegado por miembros del M-19, es un crimen de lesa humanidad, que de acuerdo con el Estatuto de Roma se conoce como asesinato. Justamente el numeral 1 del artículo 7º de dicho estatuto señala como elementos de este crimen que el autor dé muerte a una o varias personas, que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático a una población civil, que el autor haya tenido el conocimiento de que la conducta era parte de un ataque sistemático o haya tenido intención de que el ataque fuere de este tipo. Los anteriores elementos concurren en la modalidad delictiva ejecutada por los miembros del M-19 en la que se cegó la vida del personal civil que laboraba en el palacio de justicia.

Esta jurisprudencia crea cierta polémica, no dejando de ser interesante e importante, por ello, necesaria analizar los distintos fundamentos de la misma, centrados por supuesto, en la definición del tipo penal de lesa humanidad y los respectivos requisitos, partiendo de lo dispuesto por el propio estatuto. De igual manera, dicho criterio se centra por supuesto, en la conducta desarrollada por los involucrados en la mencionada causa y que no fueron objeto de indulto en su respectivo momento. Pues, toma en cuenta la “crueldad” y “barbarie” con que se realizaron dichos hechos, bajo el contexto que se conoce en el mencionado caso “del palacio de justicia”.

Resalta que los mismos se desarrollaron en contra de una población civil, totalmente desarmada y sin posibilidades de defensa, pues fue un ataque sorpresa y con cierta planificación especializada, además que tales actos no eran encaminados para debilitar al enemigo combatiente, como lo

son las fuerzas armadas colombianas. Sin embargo, el punto primordial, del posible cuestionamiento se centra en que son hechos anteriores a la entrada en vigencia del ERCPI, de allí que si los interpretamos de acuerdo al mismo, se tendría que concluir que están fuera de la competencia de la propia CPI, así como fuera del ámbito de validez temporal del propio Estatuto.

Ahora bien, quizás una interpretación alternativa, pudiera entenderse de cierta manera, muy similar por cierto, a la dada por la justicia argentina en el caso "Priebke", tal y como ya se ha comentado anteriormente. En cuyo caso se interpretó que los tipos penales del derecho internacional difieren en cierto y determinados aspectos a los tipos penales del ámbito doméstico, incluso, en cuanto a sus fuentes. De tal manera, que en el mencionado caso argentino, la jurisprudencia interpretó que para el derecho penal internacional ya se encontraba establecida la imprescriptibilidad de los crímenes internacional, antes de la entrada en vigencia de la Convención respectiva y del propio ERCPI, porque se encontraba reconocida en principio en una norma consuetudinaria que a la larga terminó siendo *Ius Cogens*, es así que se reitera todo lo ya analizado anteriormente sobre el este punto. Ahora bien, falta ver el resto de interpretación que puede originarse a partir de esta histórica decisión, sobre todo del máximo tribunal colombiano.

Precisando de una vez, hay mucho por hacer, porque, aun hay casos en que se sigue aplicando los tipos penales del derecho doméstico, como si fueran tipos penales internacionales y si se toma en cuenta toda la complejidad que existen en torno a la situación del conflicto colombiano, habría que resaltar además, que los crímenes internacionales cometidos por los actores en conflicto son cuantiosos y que en gran número han quedado impunes, por lo que ante esa realidad, es de hacer notar que hay un amplio catalogo jurisprudencial con ciertos matices, que refleja de cierta manera la intención de Colombia de avanzar en la adecuación de los tipos penales internacionales.

Chile:

Chile por su parte, también ha vivido cierta realidad, que refleja una memoria histórica relacionada con violaciones a los derechos humanos bajo la dictadura vivida en el pasado reciente, específicamente entre los años de 1973 a 1990. Ahora bien, es claro que en este país austral, existen un elevada cantidad de procesos abiertos sobre hechos que ocurrieron durante la dictadura de Augusto Pinochet, pero la mayoría corren riesgo, de terminar en decaimiento por haber pasado o transcurrido en su mayoría cerca de los 40 años, cuyo tiempo de por sí, dificulta cualquier proceso de ese tipo, además de la polémica sobre operabilidad de la prescripción.

De igual manera, distintas organizaciones y grupos de víctimas son contestes en afirmar, que de todas maneras es más importante que el proceso termine por un fallo dentro de la administración de justicia y no por un indulto o una ley de amnistía como sucedió en el pasado. Otro aspecto relevante, es lo afirmado por el autor Guzmán¹⁵¹ en lo que respecta a la vigencia del Estatuto en estudio, en el Estado Chile, el cual expresa que:

Tras once años de premiosa tramitación del proyecto respectivo, Chile finalmente ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto el día 30 de mayo de 2009 se publicó en el Diario Oficial, la Ley número 20.352, que reformaba la Constitución política de 1980, introduciendo en ella una disposición transitoria que permite al Estado ratificar el Estatuto, sin que esto suponga una vulneración de la Constitución, aspecto que estuvo en la base de la demora en el proceso de ratificación. Con todo, el texto engendrado, a raíz de ello, como solución del consenso en el parlamento, adiciona cierto párrafo, vástago de los viejos reparos, de constitucionalidad y de la sombra de los crímenes perpetrados por el régimen militar (1973 - 1990) que va más allá de la disposición de transición contenida en el artículo 124 del Estatuto, y, sobre todo, puede estimarse que constituya una reserva prohibida en la Carta de Roma...El Estatuto poco después fue aprobado por el Congreso Nacional y

¹⁵¹ Disponible en: <http://www.kas.de/rspla-uru/de/pages/2262/>

promulgado por el Presidente de la República mediante el Decreto 104, de Ministerio de Relaciones Interiores, cuya fecha de publicación es el 1º el primero de Agosto. El Estatuto, pues, entró a regir en Chile el 1º de septiembre de 2009. Conviene tener presente estas datas, por el 18 de julio, o sea, antes de la ratificación del Estatuto, se dicta la Ley número 20.357, que tipifica por primera vez en el país los delitos de genocidio y de lesa humanidad, a la vez, que modifica y amplía el vetusto catalogo de crímenes de guerra. Fue fruto de un proyecto independiente y no constituye una autentica ley de implementación del Estatuto...

Como se evidencia, en Chile el proceso de incorporación de los tipos penales internacionales al derecho doméstico ha sido lento, quizás por falta de consenso y voluntad política, ante las connotaciones que pudieran representar la vigencia de los mencionados tipos penales, pues es obvio que en ese proceso de adecuación se han presentado serias discusiones sobre la fórmula más adecuadas para ello, partiendo del propio texto de la Carta Magna Chilena. De allí, que fue necesaria una reforma constitucional con miras a incorporarle una disposición "transitoria", para que se pudiera ratificar el mencionado Estatuto.

Ahora bien, destaca igualmente, que si bien es cierto, se crearon las vías constitucionales para que se diera la respetiva incorporación al ordenamientos jurídico interno, sin embargo, no menos cierto es, que a juzgar por el análisis del autor ut supra, de la reforma de la normativa constitucional en comentario, resalta cierta restricción, que van más allá de la cláusula de reserva establecida en la disposición transitoria de reforma constitucional sobre la I fórmula de ratificación del ERCPI, pues considera que es muy enfática la nueva disposición constitucional, en cuanto al ámbito en el que tiene competencia la Corte Penal Internacional, al establecer que sólo tiene competencia por hechos que ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto, pero quizás, la crítica en la que se centra, en que en materia de cooperación internacional va estar supeditada al derecho doméstico chileno.

A pesar de que esta materia, no se refiere a la cooperación internacional clásica entre los Estados, sino que está ligada precisamente a esa voluntad y unión internacional de proteger ciertos intereses con miras a salvaguardar a la humanidad, es por ello, que los Estados partes deben asegurarse que dentro del Derecho interno existen la normativa acerca de la existencia de los procedimientos aplicables a “todas las formas de cooperación de internacional”, tal y como dispone el artículo 88, y las demás normas establecida en la Parte IX, bajo el título de “La cooperación Internacional y la Asistencia Judicial” del Estatuto en estudio.

Es así, que, son entendibles, los cuestionamientos del autor, más aún si se toma en cuenta que Chile al igual que Venezuela, no tiene una ley o la normativa específica sobre este tema de cooperación con la corte en los asuntos relacionados con la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales de su competencia. Ahora, en cuanto la subsidiaridad de la competencia de la Corte, siempre es comprensible, pues así lo establece el propio estatuto, en su artículo 1 al disponer que la competencia de la Corte, es complementaria a la de los Estados Partes, pues no pretende sustituir al Derecho Penal interno.

En cuanto a esto último, hay que aclarar que ciertamente ello es así, pero, también se entiende que en aquellos casos referidos a los tipos penales del ERCPI, en los que Los Estados Partes, no ejerzan su competencia y no apliquen la justicia, la corte entra a conocer, de manera automática, de allí que resulta justificada la argumentación del autor, ya que la cláusula de transición que contiene el mencionado instrumento internacional en su artículo 124, se refiere a la posibilidad que tienen los Estados partes en retrasar la competencia de la CPI, mediante declaración expresa, en la que acepta la competencia de la misma, pero bajo ciertos términos temporales, es decir, para después de 7 años de la entrada en vigor del instrumento internacional respectivo dentro del derecho interno, es decir,

es como una especie de *Vacatio legis* parcial, porque está referida a la competencia de CPI y no del mencionado instrumento internacional.

Con referencia a lo anterior, no queda claro de la mencionada norma, la delimitación de esas restricciones, pues pareciera todo indicar que sólo se reconoce la competencia exclusiva del Estado Chileno, a partir, de la aplicación del derecho doméstico en el juzgamiento de estos tipos penales internacionales, excluyendo la competencia de la CPI, y es necesario indicar que en todo caso, bajo ningún concepto la suspensión en comentario, puede pasar de ese período en los términos de aceptación de la competencia de la CPI por los Estados Partes, porque entonces, se entendería implícitamente que estaría incurriendo en un incumplimiento de los compromisos adquiridos, y es que específicamente el artículo 120 del mencionado instrumento internacional, establece de manera categórica que “no se admitirán reservas al presente Estatuto”.

Dadas las condiciones que anteceden, hay que mencionar además, que este instrumento internacional, no es un tratado de derecho internacional clásico, sino un tratado en materia penal internacional, de carácter universal, especialmente para proteger los intereses de la humanidad y por tanto, el mismo, busca que ciertos acontecimiento y actos atroces no vuelvan a ocurrir ante la mirada y la actitud pasiva de la comunidad internacional, de allí que el ERCPi se dirige a proteger los intereses esenciales que garantizan incluso, la propia existencia de la humanidad.

Es por ello, que en materia de protección internacional de derechos humanos, no tiene cabida, ni justificación, excusas tales como, el respeto a la soberanía de los Estados, pues desde el mismo momento en que la comunidad internacional decidió organizarse para crear estos sistemas de protección, lo hizo precisamente para salvaguardar su propia existencia, pero además para no dejar a los Estados y a sus gobiernos solos, evitando con ello que los mismo no violenten a sus ciudadanos. En fin, en la actualidad,

los Estados cada día se integran y toman conciencia de que forman parte de una comunidad internacional y que deben interactuar dentro de la misma para complementarse.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, quizás, uno de los fundamentos de esas restricciones sobre la jurisdicción de la Corte en los términos de la reforma constitucional Chilena, tienen que ver con los acontecimientos históricos que ha vivido Chile en un pasado reciente, período durante el cual se cometieron violaciones graves a los Derechos Humanos y crímenes internacionales, que si bien es cierto, en la actualidad, se han procesado causas que han resultado en sentencia después de largos años de estar abiertas, también es cierto, que hay otro número considerable de causas abiertas que pudieran quedar impunes, por lo largo del período en que ocurrieron los hechos, y la posible posición de la jurisdicción Chilena sobre prescripción de los mismos.

En este orden de ideas se puede citar y resaltar algunas jurisprudencias sobre hechos que pudieran ser tipificados como crímenes internacionales y que fueron juzgados por la justicia Chilena con ciertas variantes. Guzmán¹⁵² destaca en primer lugar una providencia de la Corte de Santiago de 1994 en la cual afirma y exalta sobre la misma lo siguiente:

Especial interés revisten las providencias de la Corte de Santiago. Su postura se postula en el temprano fallo de 30 de septiembre de 1994. Con acopio de citas de los Convenios de Ginebra, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, declara imprescriptibles y no sujetos a amnistía los crímenes de guerra, y de este modo califica el hecho objeto de enjuiciamiento, o sea, el secuestro, la tortura y la desaparición de Bárbara Uribe Tambley y Edwin van Jurick Altamirano en 1974, durante la situación de beligerancia había reconocido el gobierno militar mediante el decreto ley n°- 5, de 12 de septiembre de 1973. Si no se abunda aquí en los elementos o

¹⁵² En la obra compilatoria de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, "Jurisprudencia Latinoamericana Sobre el Derecho Penal Internacional. Cit.p.137.

requisitos de los crímenes en palabra, sentencias posteriores abordan el problema¹⁵³.

Ahora bien, con este fallo, se entiende que la Justicia Chilena cambia su fórmula de solución este tipo de crímenes internacionales, encuadrando los hechos como crímenes de guerra, pero declarando su imprescriptibilidad con base en los instrumentos internacionales de las cuales el Estado Chileno es parte. Aunque es importante mencionar con respecto a este punto, que la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no ha sido ratificado aún por el país austral, razón por la cual existen criterios discrepantes, que tienen que ver precisamente con lo analizado del caso argentino y en su caso al colombiano.

Sobre ese respecto, destacan por un lado, los que afirman que tales tipos penales son imprescriptibles, porque esa una disposición categórica del derecho internacional consuetudinario y de *Ius Cogens* y en consecuencia son inamnistiables, aun antes de la entrada en vigor de dicha Convención sobre la imprescriptibilidad de tales tipos penales, que por demás, según la doctrina mayoritaria, dicho instrumento internacional, sólo reconoce una norma previamente establecida por una fuente principal del derecho internacional, como lo es la costumbre internacional.

Por el otro lado, están los que afirman que no es posible, bajo ningún concepto, dentro del derecho penal interno chileno, aplicar la costumbre

¹⁵³ De cierta manera, es una realidad en Chile, que antes del 18 de Julio del 2009, fecha en la cual se dictó la Ley 20.357, sobre la tipificación de los delitos de Genocidio y de Lesa Humanidad y sobre la reformulación de los crímenes de Guerra, no existía normativa específica que tipificara los tipos penales internacionales del Estatuto. Disponible en: (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297&idParte=&idVersion=2009-07-18>), pues anteriormente a esta, o bien se aplicaba a este tipo de hechos los tipos penales comunes o las arcaicas tipificaciones de crímenes de guerra, de allí, que se justifican esas variantes interpretativas, pero además hay que destacar que en Chile no hay obligación de criterios vinculantes en cuanto a la jurisprudencia, ni mucho menos, están obligados a un criterio uniforme en cuanto a la decisiones sobre hechos referidos a tales connotaciones, por tanto es preciso entender el por qué pueden coexistir tantos criterios como causas pudieran haber, ya que incluso el propio Guzmán (2008—p 133) (en la obra compilatoria de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana Sobre el Derecho Penal Internacional, indica que “(...) la tarea de la unificación –no ordena legalmente- está expuesta a que el órgano mude su criterio”, y esto lo hace a propósito de lo expresado en el artículo 3º, párrafo 2, del Código Civil que dispone que todas la decisiones judiciales incluso las del máximo tribunal no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente tuvieron que pronunciarse.

internacional, así como tampoco es válido jurídicamente aplicar retroactivamente la ley, en los casos que no favorezcan al reo, pues atentaría entre otras cosas, contra el principio de legalidad y de las penas. Finalmente, destaca el mencionado autor, que ese fallo se fundamenta en los hechos relativos al secuestro de esas tres personas en específico, la cual fueron torturadas y desaparecidas, durante el conflicto interno que vivió Chile y sobre todo, un año después, de haberse dado el reconocimiento al gobierno militar de facto, por medio de ley, es decir, que adquiere claramente la responsabilidad el Estado, pues se entiende que fueron agente del mismo, bajo ese tipo régimen político.

Es por ello, que se da esa interpretación, además de que el fallo analizado no reconoce los efectos de la prescripción de acuerdo al derecho doméstico y se opone implícitamente a la amnistía de tales hechos. Otros casos que resalta en este análisis el autor en comentario¹⁵⁴, son los que a continuación se describen en la forma siguiente:

La del 31 del Julio de 2002, en el secuestro de Carlos Contreras Maluje, delito cometido el 2 de noviembre 1976 por el llamado *comando conjunto*, contiene un largo voto complementario de la mayoría, donde se indica que el contexto en que ocurrieron el plagio y la posterior desaparición del paciente permite considerarlos como 'un acto criminal reconocido en el derecho internacional y en el derecho de Chile desde mucho antes de la fecha de comisión'. Basándose en los principios generales del derecho internacional entendidos como *ius cogens* también para el Estado de Chile, y los Convenios de Ginebra, declara que 'en el caso de autos se está en presencia de un delito de lesa humanidad', por cuanto actuaron agentes del Estado, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, en ejecución de éste y planificadamente. De un ataque global y programado contra un sector de la comunidad por obra de agentes estatales, discurre también la sentencia de 20 de abril de 2006, llega a la conclusión de que el caso de marras, esto es, la detención y ulterior ejecución sumaria de un grupo de personas a las que se sacó de la Moneda durante las jornadas del golpe de Estado, reúne todos los requisitos de un delito de la lesa humanidad que debe ser perseguido en dicha condición. Por análogo criterio –la afirmación de un crimen contra la humanidad- se decantó la sentencia de 6 de julio de 2005

¹⁵⁴ *Ibíd.* p.137.138.

sobre el secuestro de los hermanos Barría Basay al hilo de una larga argumentación apoyada en los estatutos y la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg y para la antigua Yugoslavia, los Convenios de Ginebra y sobre el Genocidio, al Estatuto de la Corte penal internacional, a más de lo resuelto de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Barrios Altos*, ocurridos durante el 2001 en Perú, y por los Tribunales Constitucional alemán y Europeo de Derechos Humanos a propósito de los tiradores del Muro de Berlín, en 1996 y 2001, respectivamente. Incluso la Sentencia de primera instancia dictada el 15 de mayo de 2006 por un miembro de la Corte de Santiago, en calidad de ministro de fuero, que versa sobre la detención y el asesinato por el personal militar de varios funcionarios de la Corporación de Reforma Agraria entre septiembre y octubre de 1973, caso conocido con el nombre de *caravana de la muerte de San Javier*, el magistrado dio aplicación al decreto ley de amnistía y absolvió a los reos, pero sólo por estimar que la prohibición correspondiente de los Convenios de Ginebra no tenía asidero aquí, ya que, en su opinión que procuró fundar en una interpretación sistemática de los mismos Convenios, 'la situación vivida por el país con posterioridad a los sucesos del 11 de septiembre de 1973, en caso alguno configura un 'conflicto armado no internacional'.

En general, vale la pena reafirmar el mismo comentario anteriormente señalado, sobre los fallos referidos a los hechos ocurridos durante el período cruento de la Dictadura de Augusto Pinochet, puesto que los mismos se orientan hacia las dos posiciones extremas anteriormente explicadas, o bien, encuadrando los hechos como crímenes internacionales e imprescriptibles, o bien, como delitos comunes y por ende, operando la prescripción de la acción penal, y en otros incluso, como crímenes de guerra, pero de acuerdo a los vetustos tipos penales de guerra.

Ahora bien, lo importante es lo que ha de venir sobre los procesos abiertos y que de alguna manera van a definir y a orientar la doctrina en general, acerca de los criterios de la justicia Chilena, sobre todo porque se trata de hechos que se dieron después del derrocamiento del Presidente Salvador Allende en 1973, donde se impuso a la fuerza en el poder Augusto Pinochet, comenzando la dictadura del mismo, hasta 1990.

De allí, que durante dicho período se cometieron diversos hechos, que a juzgar por las propias organizaciones de derechos humanos y por el propio

informe Rettig, (nombre con que se denomina el informe final dado por la Comisión Nacional de la verdad y reconciliación, siendo presidida por el Jurista Raúl Rettig en 1991) y que se dio previa conformación de la mencionada comisión durante el primer gobierno democrático después de la dictadura, bajo la presidencia de Patricio Aylwin Azocar (1990-1994), tal y como se desprende de lo afirmado en la propia página de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, programa de derechos humanos¹⁵⁵, en la cual se indica que:

INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (INFORME RETTIG). El decreto supremo número 355 del 25 de abril de 1990 creó la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo principal fue contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, ya fuera en el país o en el extranjero, si estas últimas tuvieron relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional. Al cabo de nueve meses de intensa labor, el 8 de febrero de 1991 la Comisión entregó al ex Presidente de la República Patricio Aylwin Azocar el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. En él se recogen 3550 denuncias, de las cuales se consideraron 2296 como casos calificados.

Aunque, se discute que los casos que están abiertos judicialmente, a partir de las respectivas denuncias ante esta Comisión, no reflejan toda la magnitud de las violaciones sufridas durante dicho período, pero tal informe, más allá de todas las críticas, ciertamente, representó un inicio hacia el camino sobre una visión real de lo sucedido durante la Dictadura Pinochetista. Otro aspecto relevante sobre Chile, es la discusión acerca de la derogación del Decreto Ley (n° 2191¹⁵⁶) denominado autoamnistía promulgada bajo el régimen dictatorial de Pinochet, de fecha 9/04/1978, donde se exoneran de responsabilidad a todas aquellas personas implicadas en todos los hechos, que van desde torturas, ejecuciones, desapariciones

¹⁵⁵ Disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html

¹⁵⁶ Disponible en: http://www.archivochile.com/Poder_Dominante/pod_publico/parl/PDparlamento0005.pdf

entre otros, que ocurrieron con motivo del Estado de sitio, durante el período más cruento de la mencionada dictadura, que va entre 1973 y 1978.

Así pues, que en Dicho Instrumento legal promulgado por la Junta Militar presidida por Augusto Pinochet se establecía en el artículo 1 y 2, lo siguiente:

Artículo 1º. Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad autores cómplices o encubridores hayan incurridos en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo del 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Artículo 2º . Amnistiase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Es por ello, que los tribunales chilenos en algunos casos han aplicado esta normativa de amnistía y en otros se han apartado de la misma, pero todavía hay casos abiertos y sin fallo definitivo, de allí que, varias de las organizaciones de derechos humanos entre las que se destacan la Fundación de Ayuda Social de la Iglesias Cristianas (FASIC) y las de la víctimas de los casos conocidos como “Operación Cóndor” y “la Caravana de la Muerte”, junto a Amnistía Internacional han sido reiteradamente enfáticas en aseverar la improcedencia de la aplicación de tal decreto ley, y así mismo, exigen el cumplimiento del compromiso que tiene el Estado Chileno de Juzgar y sancionar a los responsables de tales hechos.

De tal manera, que habrá que esperar, por un lado, el desarrollo legislativo adecuado a los estándares internacionales y acorde a los compromisos internacionales adquiridos a través del ERCPI y de los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile y aplicables a tales hechos. Por otro lado, igualmente habrá que esperar los pronunciamientos que resulten de los próximos fallos sobre la materia,

partiendo del hecho cierto, de que el ERCPI, ya es ley chilena, aunque con las limitaciones apuntadas al inicio de este análisis.

Costa Rica:

Por su parte Costa Rica, quizás brinda un panorama más claro, pues ha producido jurisprudencia con criterios interpretativos importantes acerca de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales sobre la materia, aunque todavía no contempla todos los aspectos sobre el ERCPI, sin embargo, vale la pena resaltar en este punto lo indicado y analizado de la jurisprudencia Costarricense por parte de Balmaceda¹⁵⁷ quien afirma lo siguiente:

Varias son las líneas trazadas por la jurisprudencia costarricense con la relación a la aplicación del derecho penal internacional (DPI). Los temas que han sido de especial atención para los operadores del derecho en Costa Rica se han agrupado de acuerdo con las particularidades nacionales. La jurisprudencia que se recoge corresponde principalmente a la Sala Constitucional, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal, ya que es la que permite, en alguna medida, definir criterios uniformes para todo el resto de los tribunales del país con relación al tema. La jurisprudencia costarricense ha fijado varias líneas que resulta de vital importancia para determinar la aplicación de los tratados internacionales, tema que pasa por el de la jerarquía dentro del sistema de fuentes, la situación especial con referencia a los instrumentos de derechos humanos y la del ECPI. Un segundo gran tema tiene que ver con respecto de la obligación de perseguir los crímenes internacionales, que a su vez se relaciona con el del principio de complementariedad previsto en el ECPI. Se puede igualmente agrupar una tercera vertiente hacia la cual se ha inclinado la jurisprudencia costarricense: la de la entrega de nacionales y las inmunidades. Un cuarto punto, no menos importante, tiene que ver con la posibilidad de aplicar la pena a perpetuidad prevista en el ECPI en el orden interno costarricense. Finalmente, un quinto aspecto tiene que ver con la asistencia judicial internacional (...) De antemano debe advertirse, eso sí, que esas líneas jurisprudenciales derivan en su mayoría de la consulta previa de la constitucionalidad de la Ley Aprobación del ECPI, por lo que su cita resulta

¹⁵⁷ En la obra compilatoria de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, "Jurisprudencia Latinoamericana Sobre el Derecho Penal Internacional. Cit.p.213, 214.

obligada. Obviarla implicaría desconocer uno de los más importantes precedentes que se refieren al tema aquí tratado. Aun así, no es el único; como se verá, existen otros de igual importancia que ayudan a describir cuál es el tratamiento jurisprudencial costarricense sobre el tema del derecho penal internacional.

Según se ha citado, sobre cinco importantes lineamientos se han producido los respectivos criterios de la jurisprudencia costarricense, pero además resalta que dicho estudio se basa en la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional de ese país y se entiende que los criterios del mencionado tribunal, de cierta manera, están dados para la unificación de la actividad interpretativa de las normas jurídicas, contribuyendo así, con la seguridad jurídica. Asimismo, resalta de esos cinco puntos, los temas de obligatorio tratamiento en todos los Estados Partes del mencionado Estatuto, pues, de manera general, indica el tema de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales y en específico los referidos a Derechos Humanos y el de ley aprobatoria del ERCPI, conjuntamente con el rango que estos ostentan dentro los ordenamientos jurídicos internos.

En efecto de manera específica se refiere a los temas relacionados con el Derecho Penal Internacional, tales, como la obligatoriedad de ejercer la acción penal cuando se trate de los tipos penales internacionales, pero además, los relaciona con el carácter complementario que tiene el derecho penal internacional, de allí, se entiende que debe prevalecer la jurisdicción interna. En ese mismo contexto, también realiza la problemática referida a la extradición de los ciudadanos costarricenses y el tema de las inmunidades.

Ahora bien, sobre este último punto, cabe mencionar que se encuentra en constante discusión y es objeto en la actualidad de diversos criterios, sobre todo en relación con los jefes de estado en funciones y la posibilidad de que puedan ser enjuiciados por la CPI, aunado al tema de la cooperación internacional sobre este tópico. De hecho, este es uno de los puntos, que quizás ha causado mayor polémica en la actualidad, sobre todo, por los

recientes hechos relacionados con la orden de detención emitida por la Corte Penal Internacional en contra del Presidente de Sudán Omar Al Bashir, por los crímenes de guerra cometidos en la provincia de Darfur, puesto que es el primer jefe de Estado en funciones, que es procesado y es perseguido internacionalmente por este tribunal internacional.

Ahora bien, con respecto a ese punto se presentan muchos inconvenientes, con lo cual se hace difícil hacer efectiva dicha orden emanada de la CPI, pues en el exterior el mencionado ciudadano goza de inmunidad diplomática y siendo este, uno de los aspectos limitantes, ya que los países son muy cuidadosos de respetar las obligaciones contraídas en materia de relaciones internacionales y en general, todo lo relativo a la diplomacia, que parte de la propia de Convención Viena sobre las relaciones diplomáticas (1961) y demás instrumentos internacionales relacionados con la materia. De allí, la ardua discusión dentro de los Estados Partes sobre este tema y los criterios divergentes que se han producido por ello, sin embargo, sólo interesa a este estudio resaltarlo de manera indicativo, a propósito de la cita relacionada con el tema de la inmunidad.

Ahora bien, para entender la posición del criterio jurisprudencial costarricense sobre este respecto, continúa Balmaceda¹⁵⁸afirmando lo siguiente:

Un primer precedente es el que se deriva de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos 135-89, 282-90, 764-90, 807-90, 3724-93 y 824-948, en el sentido de que los instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica son directamente aplicables en lo interno. Esto implica que el operador no requiere de una normativa posterior que desarrolle dichos instrumentos y que de antemano, ante la existencia de una antinomia entre alguna disposición de tales instrumentos internacionales y la normativa ordinaria en ámbito interno, prevalece aquélla. Ahora bien, no solamente debe quedar clara la aplicación directa de los tratados internacionales en Costa Rica, sino también su jerarquía en el orden interno. El numeral 7 constitucional así lo

¹⁵⁸ Cit.p.214, 215, 216.

dispone expresamente y así también lo ha reiterado la jurisprudencia. No obstante, esta previsión general para cualquier tratado debidamente ratificado en Costa Rica encuentra dos excepciones: los instrumentos de derechos humanos y el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. Hasta la fecha nunca la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición clara y contundente en el sentido de que ECPI o alguna de sus disposiciones se encuadren en la clasificación de un instrumento internacional de derechos humanos y, en consecuencia, se extraña un examen acerca de si en realidad en aquél se otorga mayores derechos o garantías que los que garantiza la Constitución costarricense(...). No se trata de un punto baladí, ya que adoptar una u otra posición implicaría que el ECPI tengan o no un valor supraconstitucional, constitucional superior a la ley e inferior a la Carta Magna. Aun así en el voto 2000-09685 la Sala Constitucional parece sugerir que el ECPI podría llegar a tener valor por sobre la Constitución o a la par de ésta.

Entonces, según la opinión del autor, en la jurisprudencia costarricense, se establecieron varios criterios jurídicos referidos, a la aplicación de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica, en la cual se entiende que no necesitan un desarrollo legislativo complementario, antes de ser aplicados dentro del derecho costarricense, son de aplicación directa por los operadores de justicia, es lo que en doctrina mayoritaria, se conoce como normas con carácter o bajo “la cláusula self executing”. Valga decir, que se refiere a normas que se encuentran dentro de las leyes denominadas auto-ejecutables, por tanto aplicables directamente en el momento de la interpretación de la normativa respectiva para su aplicación al caso concreto.

De igual forma, destaca de manera implícita lo que se conoce en la doctrina mayoritaria de derechos humanos, como principio “pro homini”, referido a un principio fundamental de derecho internacional de protección de derechos humanos, que consiste en que, en el momento de hacer la actividad interpretativa de la normativa de derechos humanos, sólo se debe aplicar la norma, en la forma que resulte más favorable para el ser humano.

En tal sentido, se debe entender que dependiendo del caso, si hay colisión entre dos normas, (de derecho interno y de derecho internacional),

puede suceder dos cosas, o bien, que se aplique la interpretación restrictiva de la norma, porque se trata de restricciones a derechos o garantías y por tanto, en este caso se debe aplicar la que menos limitación conlleve al goce y ejercicio del derecho humano de que se trate o de la respectiva garantía. O bien, el operador de justicia puede acoger la interpretación más extensiva de disposiciones que dispongan derechos individuales, ya que siempre debe prevalecer la mayor favorabilidad para el ser humano.

En los marcos de las observaciones anteriores y según la opinión del autor en comentario, en la interpretación jurisprudencial costarricense, resalta esa favorabilidad y preeminencia de la aplicación, cuestión esta que refuerza lo explicado acerca de la autoejecutabilidad y que está contemplada en la norma del artículo 7 del texto constitucional costarricense. Aclarando además, que dicha norma parte de una premisa general, que como toda regla tiene su excepción, cuando se trata de instrumentos internacionales de derechos humanos y del ERCPI y por tanto, son consideradas supraconstitucionales automáticamente y de aplicación directa por los operadores de justicia.

En ese orden de ideas, cabe mencionar a modo de comparación, que Venezuela esa autoejecutabilidad de los instrumentos internacionales de los derechos humanos se encuentra definida de manera taxativa en el artículo 23 en su parte in fine, de la Carta Magna. La misma dispone categóricamente en referencia a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”. De tal manera, que la Carta Magna venezolana define de manera expresa la forma de aplicabilidad de dichos instrumentos, dándoles además jerarquía constitucional o rango constitucional y su respectiva preeminencia siempre que favorezcan al ser humano.

Por otro lado, también aclara el mencionado autor *up supra*, que todavía no hay un criterio definitivo acerca de cuál es el verdadero rango, si

“el constitucional” o “el supraconstitucional”. Quizás esto último es contradictorio, sobre todo, por la aclaratoria al inicio, sobre la aplicabilidad directa sin normativa complementaria de los instrumentos internacionales y la excepcionalidad en materia de derechos humanos y del ERCPI.

De todas maneras, al igual que otros países, habrá que esperar por un criterio definitivo sobre el mencionado rango, aunque también es cierto, que a juzgar por la tradición jurídica costarricense no queda duda que será dentro de la mayor favorabilidad del ser humano. Siendo menester también reafirmar, que tal y como se indicó y al modo de ver de quien aquí suscribe, ciertamente, el derecho penal internacional que regula los crímenes internacionales a partir del ERCPI, forma parte del denominado, por la doctrina mayoritaria de derechos humanos “el núcleo duro de protección internacional de derechos humanos”, junto con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, así como, el propio derecho internacional de protección de derechos humanos.

En ese mismo contexto, afirma el autor costarricense en comentario¹⁵⁹ al hacer el análisis del fallo del máximo tribunal constitucional costarricense, bajo la signatura “voto 2000-09685¹⁶⁰” lo siguiente:

Tal órgano de control de constitucional en la decisión ya referida hace referencia directa al tema de la obligatoriedad de la persecución de los crímenes internacionales. En dicho voto se indicó: *Estima la Sala que tanto la prevención como la persecución de tales delitos ha sido y es un deber nacional respecto del cual ha existido conciencia plena aun desde antes de la ratificación del Estatuto consultado.* Esta posición coincide con lo que dispone el numeral 1, párrafo 3, de la Carta de la ONU, lo que se ha plasmado en las Convenciones de Ginebra de 1949, en el protocolo adicional 1, en el preámbulo y en el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en variada jurisprudencia internacional, pasando por Núremberg o por el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* de la Corte Internacional de Justicia, entre muchos otros instrumentos internacionales y precedentes. En todo caso, la decisión adoptada por la Sala Constitucional

¹⁵⁹ Cit.

¹⁶⁰ Ibid.p216, 217.

costarricense va en línea directa con lo que ya de por sí establece el artículo 86 del ECPI, reafirmando así su vigencia en el plano interno, tanto respecto de su interpretación y aplicación en el ámbito judicial como del desarrollo legislativo posterior.

Según se ha citado, se reconoce de manera directa la responsabilidad internacional que tiene el Estado costarricense por ser parte del mencionado instrumento de derecho penal internacional, pero resalta además, la cultura en derechos humanos que tiene el mencionado país centroamericano, al asumir claramente las obligaciones contraídas en cuanto a la prevención y sanción de los tipos penales internacionales previstos y sancionados en el mencionado texto normativo, teniendo por ende claro la obligación inaplazable de persecución penal por dichos crímenes internacionales.

Significa entonces, que el mencionado Estado ya tenía claro dicha obligación mucho antes de la suscripción y ratificación del mismo, partiendo de los demás instrumentos internacionales aplicables a ciertas materias específicas y referidas a los crímenes internacionales. De igual forma, se aclara que dicho criterio tiene una definida línea interpretativa acorde con el propio instrumento internacional en estudio y en específico señala la norma del artículo 86 del mismo, contenida en la parte IX de “la cooperación internacional y a la asistencia judicial”, sobre la obligación general de cooperar que tienen los Estados partes, con la CPI en materia de investigación y en los respectivos juicios sobre crímenes internacionales que son de la competencia de la misma.

Por otro lado, en cuanto al carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional y el ejercicio de su jurisdicción el mencionado autor¹⁶¹ opina lo siguiente:

¹⁶¹ *Ibíd.* p.217, 218.

A diferencia de la cuestión de la jerarquía del ECPI, la jurisprudencia constitucional costarricense sí ha adoptado una posición definida con respecto al tema de la complementariedad del Estatuto. La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva aludida, hace referencia a un tema harto conocido como lo es el principio de la complementariedad. Se reitera claramente, y así se establece en el voto ya indicado, que el ECPI es un instrumento internacional que tiene por finalidad crear la Corte Penal Internacional, el cual será un órgano complementario a las jurisdicciones penales nacionales y no un sustituto de éstas. En ese mismo precedente se establece que la persecución de estos delitos se haría por dos vías: una nacional, cuya competencia es propia de cada Estado, y otra internacional, cuya competencia corresponde a la Corte. Asume la Sala Constitucional de Costa Rica como fundamentales para la eficacia del ECPI dos aspectos: la aplicación del principio de complementariedad y la obligación de perseguir los crímenes internacionales. Efectivamente ambos resultan de vital importancia para su puesta en vigencia, por lo que una apuesta clara a favor de ambos se fija un norte en la interpretación que de aquél puedan llevar a cabo tanto el legislador ordinario como los tribunales. Tampoco se puede obviar el hecho de que las decisiones que adopta la Sala Constitucional son vinculante *erga omnes* y su incumplimiento constituye un delito.

En otras palabras, con respecto al principio o carácter complementario, se refiere no específicamente al instrumento penal internacional, sino con respecto a la jurisdicción interna cuyo ejercicio pleno lo ejercen los Estados partes, ahora, de manera subsidiaria y complementaria intervendría la competencia de CPI, pues con la creación de ésta, ya se ha explicado anteriormente, no se pretende sustituir a los Estados en el ejercicio de sus jurisdicciones, pero, cuando los Estados no la ejerzan y en consecuencia, incumplan con las obligaciones contraídas sobre la prevención y en su defecto sobre el enjuiciamiento y la sanción respectiva por crímenes internacionales, se pondrá en movimiento la justicia internacional.

En este propósito, ambas deben estar plenamente definidas. De igual manera, resalta de la cita el carácter obligatorio de los fallos del máximo tribunal constitucional, es decir, que las decisiones del este alto tribunal son vinculante y de obligatorio cumplimiento por los demás tribunales costarricense, aclarando que de dicho incumplimiento acarrea incluso responsabilidad penal, pues constituye un delito. Cabe destacar en ese

sentido, que comparando con la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, tal y como se comentó al principio de esta investigación, la misma tiene igual carácter vinculante y obligatorio de acuerdo a la Carta Magna en su artículo 335, pero sólo cuando se refiere a la interpretación sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales.

Pero además, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Venezolano, en criterio reiterado ha aclarado suficientemente, que no todos sus fallos son vinculantes, es por ello, que además de lo previsto en la norma constitucional, debe de manera expresa la misma, disponer qué fallos tienen tal carácter vinculante, ordenando en consecuencia su publicación en la Gaceta Oficial respectiva. Otro aspecto importante e interesante, es la forma como la jurisprudencia costarricense interpretó la normativa correspondiente a la prohibición de sus nacionales. En este sentido continúa Balmaceda¹⁶² afirmando sobre los siguientes fallos del alto tribunal constitucional costarricense:

El voto 9685-00 dictado por la Sala Constitucional costarricense conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad dentro del proceso de aprobación previo del Estatuto de Roma. En esa ocasión se hicieron cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de ciertas disposiciones del ECPI que suscitaron incluso votos de minoría o pautas para la interpretación del Estatuto. Al respecto debe resaltarse el tema de la entrega de nacionales a la CPI, por cuanto existe una norma constitucional, el artículo 32, que establece que 'Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar territorio nacional'. Se consideró que dicha previsión frente a las obligaciones contenidas en el ECPI, concretamente el(...) 89, no se contraponía directamente con la Constitución Política costarricense. Para ello la Sala Constitucional hizo uso de un método de interpretación histórico-sistemático que parte de la motivación que tuvo el constituyente para establecer tal norma. Se le conceptuó como una garantía frente a un actuar arbitrario e ilegítimo del poder público que podría conducir a la expatriación, lo que –puede agregarse– en todo caso estaría en contradicción con lo dispuesto por los tratados suscritos por Costa Rica en materia de apátrida en incluso en materia de

¹⁶² Cit. p.218, 219.

tortura, como un trato inhumano y degradante que implica la expulsión arbitraria de su propio país y el alejamiento de su familia, trabajo, bienes, etcétera. Tal prohibición opera en materia de extradición; no obstante, ya enfrentada la posibilidad de entrega de un nacional a la CPI, el juez constitucional ha optado por una interpretación que así lo permita, considerando que tal garantía no es absoluta y que no podría apartarse de los derroteros que fija la misma constitución, dirigidos hacia la tutela de los derechos fundamentales.

Es decir, que de acuerdo a la opinión del mencionado autor, el máximo tribunal constitucional costarricense en cuanto a la entrega de nacionales a la Corte Penal internacional, no considera que sea contrario a la Carta Magna costarricense. De allí, que para llegar a tal criterio jurisprudencial utilizó el método histórico-sistemático, haciendo la respectiva revisión desde el origen mismo de la norma constitucional citada, atendiendo por su puesto, todos los aspectos por las cuales se contempló la misma, pero además, haciendo el análisis a todo el ordenamientos jurídico a través del tiempo, concluyendo que la normativa constitucional costarricense prevista en el artículo 32, fue concebida originalmente para evitar las expatriaciones del territorio costarricense de sus nacionales por actos injustos del poder público.

Por tal razón considera, que el enjuiciamiento por parte de la CPI de los nacionales, así como su respectiva entrega a la misma, por parte de Costa Rica, no debe entenderse contrario a la Carta Magna, sino más bien, acorde con las obligaciones contraídas por el mismo, pues estaría cumpliendo con las obligaciones relativas a la cooperación internacional en relación con el mencionado tribunal penal internacional. Ahora bien, también se hubiera podido hacer tal diferenciación, si se hubiera aplicado la interpretación teleológica, buscando cuál es la verdadera intención del Legislador constitucional o el fin para el cual se creó la norma respectiva, pero es razonable en cierto sentido, la interpretación aplicada en este caso concreto.

De igual manera, indica que dicho fallo, generó incluso, votos disidentes, pero que además, y con razón, expresa que el mencionado criterio puede acarrear violaciones graves a los derechos humanos de sus nacionales, al hacer entrega a la CPI de los mismos, puesto que podría configurar “un trato cruel y contrario al ser humano”, produciendo en todo caso, desarraigo obligatorio de su tierra y la separación de la familia. En fin, de dicha jurisprudencia, se entiende que en todo caso, si es posible la entrega de su nacionales por parte del Estado Costarricense, pero siempre y cuando se trate, de solicitudes de la propia CPI y de conformidad con el artículo 89 del instrumento que la regula, donde se expresa precisamente la obligación de cooperar que tienen los Estados Parte en ese sentido.

Aunque ciertamente, lo que si no es procedente por ser contrario a la constitución costarricense, es entregarlo a otra jurisdicción interna de otro Estado, es decir, no procedería la extradición y así lo aclara en otro fallo igualmente analizado por el mismo autor¹⁶³ más adelante al indicar lo que sigue:

Posteriormente, en voto 2002-03309 se analizó de manera específica el tema de la extradición de nacionales, a raíz de lo que ya había considerado la Sala Constitucional y al respecto se resolvió: (...) es fundamental aclarar que la Constitución Política de nuestro país según el artículo 31, prescribe que ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional y si bien la Sala en Sentencia n° 685-00 estimó que no resulta inconstitucional el someter a un nacional a la jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional lo es por consideraciones de naturaleza distinta a lo que implica someterlo a la jurisdicción de un tribunal nacional extranjero. De esta parece reiterarse que no es lo mismo someter a un costarricense se encuentra en Costa Rica al Tribunal Penal Internacional, integrando su jurisdicción a la propia, que además se sostiene complementaria, que hacer entrega de un nacional a un Tribunal Nacional de otro país. Así se completa y aclara lo que ya había planteado en el voto 9685-00 a propósito del examen de constitucionalidad de ECPI.

¹⁶³ Cit. p.219, 220.

Como puede observarse, con este fallo, se reafirma lo dispuesto en el criterio citado anteriormente. Ahora bien, es cierto que concluye con una argumentación interesante y dando una solución jurídica que al parecer de quién aquí suscribe, en cierto sentido, es la más acorde que hasta ahora se generado sobre ese respecto, pues, no es lo mismo, los casos de solicitudes de extradición clásica, que se suscitan entre las relaciones internacionales de los Estados y que tiene que ver con procedimientos abiertos dentro de las jurisdicciones internas de los Estados firmantes de los tratados de extradición, que la entrega solicitada por el tribunal penal internacional de carácter global y de jurisdicción universal que existe en la actualidad, como lo es la CPI, pues los procedimientos son totalmente distintos, así como los intereses.

En este mismo orden y dirección, se debe tomar en cuenta que en todo caso, “los tipos penales” que son de la competencia de la CPI, son muy específicos y que interesan a la comunidad universal, porque son los que pudieran atentar contra la existencia misma de la humanidad. Por tanto, no es tal, la inconstitucionalidad de la extradición de nacionales de manera excepcional, pudiendo entonces, limitarse esta garantía de la no extradición para estos casos de solicitudes ante la CPI, ya que incluso, se estaría protegiendo el propio Estado parte y con ello al bloque de la constitucionalidad dentro de los ordenamientos jurídicos internos.

Entonces, es lógica, la razonabilidad de dicho fallo, con la cual se está de acuerdo en esta investigación, por último el autor¹⁶⁴, hace referencia a los tres últimos puntos analizados por el máximo tribunal constitucional costarricense en materia de derecho penal internacional, como lo son el de la “inmunidades”, de “las penas a perpetuidad” y por su puesto el de “la asistencia judicial”, expresando al respecto lo siguiente:

¹⁶⁴ *Ibíd.* p.220, 221, 222, 223.

En el voto 9685-00 la Sala Constitucional también hace referencia al tema de las inmunidades a los fueros de improcedibilidad existentes en el ordenamiento interno costarricense, que cubren a ciertos funcionarios públicos como el presidente de la República, a los diputados y a los magistrados de la Corte Suprema, entre otros, y que requieren de un procedimiento ante la Asamblea Legislativa para la acción penal que se pretenda en su contra pueda proseguir. El tema tampoco pasó inadvertido en este primer enfrentamiento del ECPI con la Constitución de Costa Rica. No puede obviarse que el numeral 27 del Estatuto de Roma preceptúa: *Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella (...)*. Al respecto el tribunal constitucional de Costa Rica optó por una tesis que descarta la existencia de una antinomia, concretamente una inconstitucionalidad, con relación al tema de las inmunidades. Pese a ello, el análisis que hace en el precedente aludido se queda bastante corto, ya que, si bien se citan normas que establecen cuál es el procedimiento cuando se persigue penalmente a miembros de los supremos poderes, en realidad lo que disponen tales normas es el procedimiento en lo interno. Para la Sala Constitucional la existencia de un privilegio de este tipo en nada obsta para que se inicie un proceso en la CPI que a la vez en el ámbito interno se pueda llevar a cabo un proceso de desafuero (...). Otro aspecto que ameritó la atención de los magistrados constitucionales fue la posibilidad de aplicar penas perpetuas, como lo preceptúan los artículos 77 y 78 del ECPI. El primer obstáculo constitucional al que se enfrentan tales previsiones es lo que dispone el artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica, que expresamente establece que nadie será sometido a esa clase de penas. Para la Sala Constitucional de Costa Rica es claro que, frente a esa antinomia, lo que salva la eventual inconstitucionalidad de tal previsión del Estatuto es lo que prevé el artículo 80 de ese mismo cuerpo normativo, en el sentido de que nada de lo dispuesto en la parte VII se podrá interpretar en perjuicio de la legislación interna de los Estados en materia de penas. Es únicamente por esa vía que la Sala Constitucional de Costa Rica puede llegar a concluir que tal previsión (...) no es inconstitucional. Ello tiene un efecto práctico que puso de manifiesto el voto monitorio, y es que no se podría hacerse entrega a la ECPI del perseguido si no se brinda las garantías suficientes de que no se aplicará una pena de ese tipo, en tanto que la Constitución Política costarricense lo prohíbe. (...) Otra posición jurisprudencial que merece traerse a colación, también sentada por la Sala Constitucional costarricense, tiene que ver con lo previsto en el numeral 87.1.b del ECPI, e incluso las potestades que podrían tener funcionarios de la CPI en Costa Rica. Se trata del voto 2004-2151, en el que el tribunal constitucional costarricense retoma su línea jurisprudencial trazada en los votos 23-89, 30-89, 324-90 y 1652-90, 01662-90, 2000-7477, 2004-2151, en el sentido de que los actos que impongan limitaciones a la libertad, que allanen inmuebles privados o impongan impedimentos de salida, entre otros similares, solamente pueden ser dictados por las autoridades jurisdiccionales (con la excepciones que la ley establece).

Es así, que en cuanto a las inmunidades, tal y como se dijo al principio del análisis de la jurisprudencia costarricense, es un tema bastante polémico por las implicaciones que conllevan, pues atañe directamente a las obligaciones derivadas de las relaciones internacionales entre los Estados y de la estabilidad y la garantía del funcionamiento de las ramas del poder público. De allí, su importancia, pero en este punto la jurisprudencia costarricense dio su propia solución a la hora de interpretar y aclarar la posible antinomia que se presenta entre la norma del artículo 27 del mencionado instrumento penal internacional y los artículos de la Constitución política costarricense que regula el tema de las inmunidades.

Con referencia a lo anterior, también sostiene que no es contradictorio con los procedimientos internos que pudieran darse, en caso de producirse los motivos suficientes para que se solicite el desafuero al funcionario público, al cual se le aplica tal procedimiento previo de enjuiciamiento. Además, aclara que estos procedimientos son exclusivos del derecho doméstico por los motivos que la propia Carta Magna contempla y por tanto, sólo interesa al Estado parte de que se trate, pues esos privilegios, son propios de ciertas funciones de los poderes públicos de los Estados y no tienen relevancia, ni limitaciones para la competencia de la CPI, a juzgar por lo establecido en la norma en comentario.

Quedando entonces, de parte de los Estados la obligación en todo caso, de iniciar el procedimiento requerido para levantar dichas inmunidades, en aras de colaborar con la justicia internacional y de la propia seguridad e integridad y del bien común del Estado Parte. En cuanto al punto de “las penas a perpetuidad”, el tribunal constitucional costarricense encontró su forma alternativa de solventar la inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del instrumento penal internacional y en aras de armonizar el mismo con la Constitución Política costarricense, aplicó entonces, una solución, a través de

la interpretación respectiva, considerando por tanto, que no existen antinomias que contraríen al derecho interno.

Es por ello, que al hacer el estudio de las respectivas normas, en concordancia con el artículo 80 del mencionado instrumento internacional, en el que se dispone que nada de lo previsto en esa “parte VII”, relativa a la aplicación de las penas, pudiera menoscabar por parte de los Estados la aplicabilidad las penas establecidas dentro de sus ordenamientos jurídicos, es decir, es lo que se conoce en doctrina mayoritaria, como el principio de legalidad de las penas, (que en Venezuela se encuentra en el artículo 37, ya comentado en el desarrollo de este estudio).

Ahora, con respecto a este punto relativo a la aplicación de las penas, resulta lógico, porque a la hora de la creación de las normas de este instrumento penal internacional, en cuanto a las penas a aplicar, se hizo sobre una base general, puesto que era imposible realizar una norma que abarcara todas las fórmulas existentes en los derechos internos del Estados Parte, de allí la existencia de tal disposición internacional, en forma enunciativa o abierta, por ello, se entiende la forma lógica en que se interpreta tal norma en el fallo citado.

Finalmente la jurisprudencia costarricense, deja claro que en ciertas actuaciones judiciales, referidas a “órdenes de detención”, “el allanamiento de inmuebles privados”, entre otras medidas que pudieran dictarse en aras de garantizar las resultas del proceso ante la Corte Penal Internacional, sólo pudieran hacerse efectivas mediante decisiones de Tribunales costarricenses y en todo caso, se corresponde con el ejercicio soberano de la jurisdicción interna y en nada afecta la responsabilidad internacional del Estado Costarricense, al modo de ver quien aquí suscribe.

Ahora bien, no descarta del todo, la doctrina jurisprudencial del máximo tribunal constitucional de Costa Rica, la posibilidad de tal autorización del ejercicio de esas potestades dentro del Estado Costarricense, pero siempre

y cuando se regule mediante ley de manera excepcional, es decir, siempre que se encuentre previsto en una ley para tal efecto. Aunque, en todo caso, se debería contar con la aprobación previa del máximo tribunal constitucional.

De esa forma, en mayor o menor medida los fallos costarricenses en comentario, justifican y entienden claramente la necesidad de que Costa Rica cumpla con los compromisos internacionales adquiridos por ser un Estado Parte del ERCPI, pero dando soluciones si se quiere, salomónicas, acordes con el derecho moderno y adaptable a las nuevas necesidades, sin desmerecer o dejar de garantizar y respetar los principios y derechos constitucionales, pues por el contrario lo que se trata es de corresponder a la necesidad de armonizar el derecho doméstico con el derecho internacional dentro de una verdadera cultura de derechos humanos y con ello, evitando en últimas que las grandes violaciones de los mismos queden impunes como sucedía en el pasado reciente.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación, referida al estudio sobre la validez de los tipos penales del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el derecho penal venezolano, se concluye lo siguiente:

Primero: Es evidente que Venezuela, es un Estado Parte del ERCP, por haberlo suscrito y ratificado de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes, adquiriendo con ello, la responsabilidad internacional correspondiente, entre las que destaca la implementación del mismo de acuerdo al derecho penal doméstico. Siendo además, de acuerdo a lo dispuesto por la propia Carta Magna, una Ley vigente, según Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela número 5.507 extraordinaria, de fecha 13/12/00. Entrando en vigor en todo el mundo, de acuerdo a las previsiones internacionales desde el 1/07/2002. Por tanto, tiene plena validez en la actualidad en los términos antes mencionados. En consecuencia, igual vigencia y validez tienen las disposiciones del mencionado texto normativo, relativas a la tipificación de los tipos penales internacionales previstos en el mismo.

Segundo: Ahora bien, de acuerdo con el presente estudio se evidenció que el problema no está precisamente en la Validez del texto legal respectivo, sino en la eficacia de su implementación, derivado de ciertas limitaciones propias de la necesidad de adecuación del mencionado texto penal internacional a las previsiones del derecho doméstico, mediante un desarrollo legislativo respectivo.

Tercero: De otra parte, quedó claro que si bien es cierto, hay un origen y desarrollo diferenciado de los tipos penales denominados “crímenes” y “delitos”, y que incluso han tenido cierto tratamiento diferenciado de acuerdo a la tipificación de los mismos en los diferentes ordenamientos jurídicos penales de los Estados, sin embargo, hoy en día queda claro que tal diferenciación, no es de tipo cualitativa, sino más bien de tipo cuantitativa, de acuerdo al tratamiento doctrinario dominante. Todo ello, es así, puesto que se atiende a la gravedad del hecho.

Pues su consecuencia, en el caso de los tipos penales internacionales, afecta los bienes jurídicos más preciados de la humanidad, de una manera atroz, de allí el empleo de tal denominación por parte del propio ERCPI. También se concluye del estudio, que ambos vocablos a la hora de realizar el respectivo estudio dogmático penal, están provistos los mismos requisitos o elementos esenciales o básicos, tales como, acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como de los elementos del tipo, por tanto en ello coinciden, aunque varían en ciertos elementos contextuales tal y como se argumentó durante el desarrollo del presente estudio. De tal manera, que se concluyó, que a pesar, de establecerse ciertas diferencias de tipo cuantitativo y en referencia a los dos ámbitos de formación de ambos vocablos, (es decir, derecho doméstico y derecho internacional), sin embargo, tanto la doctrina foránea, como la doctrina patria en su mayoría utiliza ambos vocablos indistintamente, haciendo las respectivas correlaciones en cada caso.

Siguiendo con el anterior punto, se evidenció que ni dentro de la legislación interna, ni dentro de la internacional se define y diferencia ambos vocablos referidos a los tipos penales en estudio. Es decir, que más allá de lo comentado anteriormente acerca de los elementos sui generis, que en específico sirven de complemento al ERCPI y que fueron aprobado en el mencionado instrumento analizado, en el caso de los tipos penales

internacionales, no hay una marcada diferenciación de fondo entre ambas figuras jurídicas, desde el punto de vista de sus elementos, por cuanto comparten en si los elementos básicos de todos los tipos penales.

De la misma manera, adicionalmente se exige para la armonización respectiva, que se realice bajo los parámetros legales correspondientes, atendiendo siempre a los principios y garantías de ambos sistemas: “Derecho interno” e “internacional”.

Cuarto: De igual forma, en cuanto al examen de la doctrina y la jurisprudencia tanto patria como foránea se evidencia que existe una tendencia clara a la implementación del mencionado instrumento, pero que aún falta mucho camino por recorrer, y que en este momento el mismo, en cuanto a su implementación se encuentra en una especie de etapa de transición para llegar a su implementación definitiva.

Quinto: finalmente, se concluye que en Venezuela, sólo falta voluntad política legislativa para que se produzca la adecuación respectiva, por cuanto si es verdad que existen ciertos obstáculos en el derecho doméstico, pero los mismos no son imposibles solventar, puesto que tan sólo basta con que haya una armonización entre el derecho penal internacional y el derecho penal interno venezolano.

De allí, que del mencionado estudio, se evidencia, que no existen impedimentos absolutos en el ordenamiento jurídico penal venezolano para que se realice los cambios legislativos respectivos en Venezuela. Por tanto, se confirma que Venezuela está incumpliendo con su responsabilidad internacional, por estar en mora con dicha adecuación del mencionado instrumento internacional, siendo ley venezolana, ya que tiene una deuda no sólo desde punto de vista internacional, sino con sus ciudadanos, con lo cual pone de manifiesto las propias debilidades del sistema venezolano para cumplir con los compromisos internacionales y con los seres humanos que habitan su territorio, puesto que de alguna manera deja abierta la puerta a la

impunidad al no tener claramente delimitado el marco normativo para la aplicabilidad de todos los tipos penales establecidos en el ERCPI.

En fin, tales dificultades legales, sólo reflejan en el fondo, la falta de voluntad política para realizar la debida adecuación, puesto que ya como quiera, existe cierta regulación de algunos tipos penales internacionales dentro de la legislación penal vigente, como por ejemplo, como se argumento en su momento, la tipificación del tipo penal internacional de la “Desaparición Forzada de Personas” que se dio en la reforma del 2000, sin embargo, todavía quedan por fuera el resto de los tipos penales del ERCPI, establecidos en sus artículos del 5 al 8. Ahora bien, quedó claro que incluso dicho instrumento puede entrar plenamente en aplicabilidad con tan sólo reformar el Código Penal Venezolano vigente en sus artículos 1 y 37 en los términos que argumento el propio doctrinario venezolano Fernando Fernández, haciendo más fácil y directa su aplicación, en cuyo caso quedaría el resto, en la tarea interpretativa de los operadores de justicia.

RECOMENDACIONES

En atención a los resultados arrojados se recomienda, que es necesario y urgente que se dé, la respectiva reforma del sistema penal venezolano, para la implementación inmediata del ERCPI. Ahora bien tal actividad legislativa, debe hacerse mediante el acompañamiento de un equipo de connotados juristas en la materia penal, para que sea eficaz dicha normativa, puesto que se requiere de una armonización acorde con los principios y garantías concordantes con el derecho penal venezolano vigente y con apego a la Carta Magna.

Iniciar dicha adecuación, reformando el artículo 1 el 37 del Código Penal vigente, pero además, realizar una armonización acorde con el sistema

penal venezolano, con respecto al principio de legalidad y de los principios generales del derecho penal, aplicables a ambos sistemas: (Derecho Interno y Derecho Internacional).

Finalmente, tal adecuación y la respectiva recomendación se hace necesaria y urgente por todas las argumentaciones desarrolladas en el transcurso de esta investigación, a los fines de blindar el sistema de protección de los Derechos Humanos, dentro del Derecho Interno, evitando con ello, la impunidad que pudiere acarrear por tal mora legislativa, así como no seguir poniendo en evidencia las debilidades del sistema penal venezolano sobre ese respecto, más aún cuando fue el primer País Latinoamericano que se adhirió al ERCPI y que siempre ha estado abierto al reconocimiento de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos y por consiguiente, debe hacerlo con respecto a su debida adecuación y desarrollo legislativo, pues es producto de la responsabilidad adquirida.

BIBLIOGRAFIA

- Acuso Ricardo. *Etimologías*. <http://www.abarcusrosario.com.ar/Etim.htm>
(Consulta Sábado 30/01/2009).
- Ambos Kai (2006). *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración Dogmática*. Traducción Ezequiel Malarino. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia.
- Ambos Kai /Ezequiel Malario (2008): Parenti, Pablo (Argentina), Aponte Alejandro (Colombia), Guzmán D. José Luis (Chile), Hernández Balmaceda Paul (Costa Rica), Modolell Juan Luis (Venezuela). *Jurisprudencia Latinoamericana Sobre Derecho Penal Internacional*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.
- Ambos Kai. (1997). *Impunidad y Derecho Penal Internacional: Un estudio empírico dogmático sobre Colombia – Bolivia – Perú – Chile – Argentina*. Primera Edición colombiana. Edición Biblioteca Jurídica Diké. Colombia.
- Ambos Kai. (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones UCAB. Impresión Editorial Texto C.A. Caracas, Venezuela.
- Ambos Kai. (2008). *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*. Editorial Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España.
- Aponte Alejandro. (2007). "Civiles y Conflicto Armado en la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia. "Revista de Derecho Penal y Criminología" 2ª Época, No 19. (Págs del 79-117). http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-3&dsID=civiles_conflicto.pdf (consulta 30/10/2010).
- Aponte Alejandro. (sf). "Desplazamiento Forzado como Crimen Internacional en Colombia. Protocolos con Principios, Reglas de Interpretación y fórmulas de Imputación de la Conducta Punible". http://www.citpaxobservatorio.org/archivos/Monografico_CITpax_Protocolo_desplazamiento.pdf (consulta 15/11/10)
- Arteaga Sánchez, Alberto. (2009). *Derecho Penal Venezolano*. Undécima Edición Actualizada. Ediciones Liber. Venezuela
- Barrantes Echevarría Rodrigo (2001) *Investigación, un Camino al Conocimiento, un enfoque Cualitativo y Cuantitativo*. Editorial Universidad Estatal a Distancia de San José de Costa Rica.

- Camargo Pedro Pablo. (2006). *Manual de Derechos Humanos*. Tercer Edición. Editorial LEYER. Bogotá, Colombia.
- Cárdenas Ángel Edecio (2008) Especialización de Derecho Penal. *Cátedra Penal Superior I y II* Universidad Católica del Táchira.
- Cázares, Christen, Jaramillo, Villaseñor y Zamudio (1980) *Técnicas Actuales de la Investigación, en la Investigación Documental*. México, Trillas.
- Código Orgánico de Justicia Militar (1998). *Publicado en Gaceta Oficial número 5.263*. de 17/09/1998.
- Código Penal Venezolano (2005) *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.768, del 16 de Marzo de 2005.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), *inicialmente publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 36.860, de fecha 30/12/99, posteriormente, fue reimpressa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 5.453 extraordinaria*, del 24/03/2000
- Convención Sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948). http://www.mjusi.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas_internacionales/convencion_sobre_la_prevencion_y_la_sancion_del_delito_de_genocidio.pdf. (Consulta 28/11/2010).
- Decreto Ley 2191, de fecha 9/04/78, promulgado por la Junta de Gobierno presidida por el ex Presidente Augusto Pinochet. http://www.archivochile.com/Poder_Dominante/pod_publico/parl/PDparlamento0005.pdf (consulta 27/11/2010).
- Decreto Ley 6286/56, adhesión a la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio en la Argentina (9/04/56). <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/document/internac/convpsdg.htm> (consulta 25/10/10).
- Fakhouri gomez, Yamila. (2005). Título en libro p. 100 *Derecho Penal y Política Transnacional*. Coordinadores, Bacigalupo, Silvia, Cancio Meliá, Manuel. Editorial Atelier, Libros Jurídicos. Barcelona, España.
- Fallo Número 16.093, de la Corte Suprema Argentina de fecha 2/11/95. *Decisión sobre la Solicitud de Extradición del ciudadano "Erich Priebke"*. <file:///E:/Fallo%20%E2%80%9CPRIEBKE,%20Erich%E2%80%9D.%20C>

[SJN%20%C2%AB%20Aula%20virtual%20Derecho%20Penal.htm](#). (fecha de consulta 20/08/2010 Y 26/11/10).

Fernández, Fernando M. (2004). *Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Reforma Penal y Militar en Venezuela*. Coordinadores: Vásquez Magaly, Chacón Quintana Nelsón. *Ciencias Penales: Temas Actuales. Homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada*. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela.

Fernández, Fernando M. *Código Penal* (15/10/2010). http://opinion.eluniversal.com/2010/10/15/opi_art_codigopenal_2067015.shtml (fecha de consulta el 22/10/2010).

Guzmán D., José Luis. (Mayo 2010). *Informe de Avance en el Proceso de Implementación del Estatuto de Roma*. Konrad-Adenauer- Stiftung. <http://www.kas.de/rspla-uru/de/pages/2262/>. (fecha de consulta 22/10/10.)

Pasquale Bartolo.(2001-2002). *La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario del Derecho Penal 2001-2002. El caso Priebke y la Sentencia de la Corte Militar* http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_14.pdf (donde se analizó la sentencia Italiana que condenó a Priebke a 15 años.

Perdomo M. Rómulo. Metodología programática de la investigación. Con aplicaciones en las Ciencias Jurídicas. Mérida: Consejo de Publicaciones ULA. 1988. S/P. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Derecho/32772.html>. (consulta 23/12/2009)

Jiménez de Asúa, Luis (2006). *Teoría del Delito*. Iure editores, S.A.de C.V. México.

Larousse (2003) Diccionario Enciclopédico. Novena Edición. Editorial Larousse.

Ley 20357, "tipificación de crímenes de Lesa Humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra", del Estado Chileno. De Fecha 18/07/10. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297&idParte=&idVersion=2009-07-18> (fecha de consulta 22/10/10.)

Ley Aprobatoria 26200 de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal en la Argentina de fecha sancionada el 13/12/06 y promulgada el 5/01/07 y publicada 9/01/07.

<http://abogadopoblete.blogspot.com/2007/02/ley-26200-corte-penal-internacional.html> . (Fecha de consulta 25/10/10).

Ley Aprobatoria 742/02 Del Estatuto de Roma del Corte Penal Internacional, de la República de Colombia, de 5/06/02. http://www.cnrr.org.co/interior_otros/pdf/ley_742_02.pdf . (Fecha de consulta 29/10/10)

Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 31.256*, de fecha 14/06/1977.

Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Gaceta Oficial número 5.507* firmado el 14/10/98 y Ratificado 7/06/2000 Publicado el 13/12/2000.

Ministerio del Interior, Subsecretaria del Interior, Programa de Derechos Humanos. “*Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig)*”. http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html. (fecha de consulta

Risquez de M. (1998) *Metodología de la Investigación. Primer Manual Teórico Práctico*. Editorial, Universo, de Venezuela C.A Maracaibo, Venezuela. N y N publicidad.

Rodríguez Morales Alejandro J. (2005) *La Corte Penal Internacional, Complementariedad y Competencia*. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, Editorial Melvin, C.A.

Rodríguez Morales Alejandro J. (2007) *Síntesis de Derecho Penal, Parte General*. Caracas, Venezuela. Segunda Edición. Ediciones Paredes.

Roxin, Claus. Traducción y notas de Diego Manuel Peña, Miguel Díaz y García Colledo y Javier de Vicente Remesal (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas C.A. Madrid, España.

Sabino Carlos (1999) *El Proceso de Investigación*. Caracas: Editorial Panapo

Sentencia de la Corte Interamericana “*Masacre de la Rochela Vs. Colombia. 11/05/07*”. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf), (Fecha de consulta 15/11/10).

Sentencia de la Corte Interamericana “*Masacre de Mapiripan Vs. Colombia*”, de fecha 15/09/05. (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf). (Fecha de consulta 15/11/10).

Sentencia de la Sala de Casación Penal, del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Causa número 0869, de fecha 10/12/2001. <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consulta.asp?S=003&a=2001&NS=Sala%20de%20Casaci%F3n%20Penal&d=10/12/2001> (fecha de consulta, 3/11/10).

Sentencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia, en Funciones de Juicio, del Estado Aragua, Venezuela, expediente número 4M-387-04. <http://www.venezuelaawareness.com/razones/decision.htm> (consulta 5/11/2009).

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Colombia, con radicado número 110010704002-1999-04119-01. “Caso *Palacio de Justicia*” (De fecha 8/09/10). <http://centrosociopoliticoacore.blogspot.com/2010/10/sentencia-tribunal-superior-del.html> . (fecha de consulta 26/11/2010) .

Sentencia No C.1076/02, de la Corte Constitucional Colombiana, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas.(2002). <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/Macroproceso%20Disciplinario/Pr evidencias/02-C-1076.htm> (fecha de consulta 12/11/10)

Sentencia número 3167, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. 9/12/02. Con Ponencia del Magistrado Manuel Delgado Ocando. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3167-091202-02-2154.htm> (consulta 23/06/2008).

Sentencia número 537, de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremos de Justicia de Venezuela, con Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. De Fecha 15/04/2005. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/consulta_sala.asp?sala=005&dia=15/4/2005&nombre=Sala%20Constitucional. (consulta 4/11/2009).

Soler Sebastián (1940/1992 está última se reimprimió). Actualizado Guillermo J. Fierro. *Derecho Penal Argentino*, Tomo I. Decima edición. Tipografía Editoria Argentina, Buenos Aires (TEA).

Tribunal Supremo de Justicia, PNUD, Amnistía Internacional y Statoil (2004). *Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos, Manual de*

participantes para Jueces y Juezas, Primera edición. Editorial Colson C.A., Venezuela

Tribunal Supremo de Justicia, PNUD, Amnistía Internacional y Statoil. (2004). *Proyecto de Capacitación de Jueces en Derechos Humanos. Manual para la aplicación de Instrumentos Internacionales*. Primera edición. Editorial Colson, C.A. Venezuela

Zaffaroni, Eugenio R. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Editora (EDIAR), Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina.