



Fundación de Antropología Forense de Guatemala

**Módulo de Capacitación
dirigido a Fiscales del Ministerio Público:**

**NATURALEZA Y PERSECUCIÓN PENAL
DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES
PERPETRADOS DURANTE
EL CONFLICTO ARMADO INTERNO**

Con el apoyo de:

Fundación Soros



Guatemala



Fundación de Antropología Forense de Guatemala

**Módulo de Capacitación
dirigido a Fiscales del Ministerio Público:**

**Naturaleza y Persecución Penal
de los Crímenes Internacionales
Perpetrados durante el Conflicto Armado Interno**

Autor: Fernando López

Con el apoyo de:
Fundación Soros



Guatemala

INDICE

i. PRESENTACIÓN

ii. INTRODUCCIÓN

SECCIÓN PRIMERA

1. La Política Criminal del Ministerio Público en la Persecución Penal de las graves violaciones de los Derechos Humanos. 1
2. Información general que aportan los Informes Antropológico Forenses. 3
3. Procedimiento para la intervención de Peritos. Nombramientos, Discernimientos de Cargos y otras modalidades. 3
 - 3.1. Acumulación de diferentes casos en un mismo expediente. 3
 - 3.2. Denuncia ante Fiscal, autorización de Juez de Primera Instancia, Juramentación por Juez de Paz. 4
 - 3.3. Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológico Forenses en Guatemala y su Instrucción General. 4

SECCIÓN SEGUNDA

1. De los delitos cometidos durante el conflicto armado interno. 6
2. Violación Sexual. 6
 - 2.1. Bien Jurídico Tutelado. 6
 - 2.2. Tipo Objetivo. 6
 - 2.2.1. Acción. 6
 - 2.2.2. Sujetos. 7
 - 2.2.2.1. Sujeto Activo. 7
 - 2.2.2.2. Sujeto Pasivo. 7
 - 2.2.3. Tipo Subjetivo, el Dolo. 7
3. La Desaparición Forzada de Personas y la importancia de las Investigaciones Antropológico Forenses. 7
 - 3.1. Antecedentes. 7
 - 3.2. Marco Legal. 8
 - 3.2.1. Derecho Penal Interno. 8
 - 3.2.2. Características generales del Delito de Desaparición Forzada. 8
 - 3.2.2.1. Delito Pluriofensivo y Bienes Jurídicos Protegidos. 8
 - 3.2.2.2. Delito Permanente. 9

3.2.3.	Elementos del Delito de Desaparición Forzada.	9
3.2.3.1.	Tipo Objetivo.	9
3.2.3.2.	Acción.	9
3.2.3.3.	Sujetos.	10
	3.2.3.3.1. Sujeto Activo (victimario).	10
	3.2.3.3.2. Sujeto Pasivo (persona desaparecida).	10
3.2.3.4.	Modalidad.	10
3.2.3.5.	Medios.	11
3.2.3.6.	Resultados.	11
3.2.4.	Tipo Subjetivo, Dolo o Intención.	11
4.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	11
4.1.	Sujetos.	12
5.	Derecho Internacional Humanitario.	12
6.	Investigación Forense.	13
6.1.	Formas cómo se cometió la desaparición forzada durante el conflicto armado.	13
6.2.	Personas halladas en cementerios ubicados en centros militares.	13
7.	Ejecución Extrajudicial.	14
7.1.	Comentario.	14
7.2.	Investigación Forense.	14
7.3.	Elementos del delito de Ejecución Extrajudicial.	
7.3.1.	Tipo Objetivo.	15
	7.3.1.1. Acción.	15
	7.3.1.2. Modalidad.	15
	7.3.1.3. Medios.	15
	7.3.1.4. Resultado.	15
7.3.2.	Sujetos.	16
	7.3.2.1. Sujeto Activo.	16
	7.3.2.2. Sujeto Pasivo.	16
7.3.3.	Tipo Subjetivo, el Dolo o Intención.	16
8.	Tortura.	17
8.1.	Comentario.	17
8.2.	Bien Jurídico Tutelado.	18
8.3.	Tipo Objetivo.	18
8.3.1.	Acción.	18
8.3.2.	Sujetos.	19
	8.3.2.1. Sujeto Pasivo.	19
	8.3.2.2. Sujeto Activo.	19

SECCIÓN TERCERA

1.	Introducción.	20
2.	El Mandato de la CEH.	20
3.	Las cifras de la CEH.	22
4.	El Derecho Internacional Consuetudinario y el Jus Cogens.	22
4.1.	Derecho Internacional Consuetudinario.	23
4.2.	El Jus Cogens.	27
4.3.	Recepción e Incorporación del Derecho Internacional Consuetudinario y del Jus Cogens al Derecho Nacional.	28
4.4.	El Derecho Internacional Humanitario, los Crímenes de Guerra y los delitos de lesa humanidad, Delitos contra los Deberes de Humanidad. El artículo 378 del Código Penal.	29
4.4.1.	Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de Guerra.	29
4.4.2.	Evolución de los delitos de lesa humanidad y su incorporación al Derecho Nacional.	30
4.4.3.	Aplicabilidad del artículo 378 del Código Penal.	33

SECCIÓN CUARTA

1.	Tipología de Crímenes de Guerra.	37
1.1.	Elementos de este tipo de delitos.	37
1.1.1.	Elemento circunstancial, el contexto.	37
1.1.2.	Tipo Objetivo.	37
1.1.2.1.	Acción.	37
1.1.2.2.	Modalidad.	38
1.1.2.3.	Medios.	38
1.1.2.4.	Resultado.	38
1.1.3.	Sujetos.	38
1.1.3.1.	La protección de los sujetos pasivos. Sujeto Pasivo.	38
1.1.4.	Elemento Subjetivo.	39
1.1.5.	Exhumaciones en centros militares.	39
2.	Delitos de Lesa Humanidad.	40
2.1.	Introducción.	40
2.2.	Elemento circunstancial: el contexto.	40
2.3.	Bien Jurídico Tutelado.	40
2.4.	Acción.	41

2.5.	Sujeto Pasivo.	41
2.6.	Sujeto Activo.	41
2.7.	Elemento Subjetivo, Dolo o Intención.	42
3.	Genocidio.	42
3.1.	Bien Jurídico Tutelado.	42
3.2.	Elementos del delito de Genocidio.	43
3.3.	Muertes de miembros del grupo.	43
3.3.1.	Investigación Forense.	43
3.4.	Determinación precisa del grupo.	44
3.4.1.	Investigación Forense.	44
3.5.	Grupo Religioso.	44
3.6.	Grupo Nacional.	45
3.7.	Grupo Ètnico.	45
3.8.	Visión Subjetiva y Objetiva del Grupo Víctima.	46
3.8.1.	Visión Subjetiva.	46
3.8.2.	Visión Objetiva.	46
3.9.	Intención de cometer Genocidio.	46
3.9.1.	Establecimiento de los hechos.	47
3.10.	Sometimiento del grupo o miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial.	48
3.10.1.	Tipo Objetivo.	48
3.10.1.1.	Acción.	48
3.10.1.2.	Modalidad.	48
3.10.1.3.	Medios.	48
3.10.1.4.	Resultado.	48
3.11.	Investigación Forense.	48
4.	Resumen sobre Genocidio, Delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.	50

i. PRESENTACIÓN

La Persecución de los Crímenes Internacionales

Cuando se habla de globalización, sólo se piensa en la mundialización de la economía. Frente a esta percepción que exalta la competencia y el egoísmo resulta necesario pensar en una globalización solidaria, la cual principiaría por la generalización de los anhelos de justicia, para que no queden en la impunidad los horrendos crímenes cometidos contra la humanidad. Estos crímenes, que no sólo han afectado a un sector o a un pueblo, son considerados como internacionales y son la piratería marítima, la esclavitud, los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, el crimen de agresión, la tortura cometida por agentes del Estado y el terrorismo.

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con los juicios de Nüremberg y Tokio se ha reconocido en el ámbito internacional que el individuo puede tener una subjetividad pasiva en el Derecho Internacional respecto de los delitos contra el Derecho de Gentes (*delicta iuris gentium*), los cuales engendran responsabilidad penal para los individuos.¹ Esta caracterización se da sin perjuicio de que el individuo también puede tener una subjetividad activa surgida del reconocimiento de derechos humanos en tratados y, por consiguiente, el derecho de legitimación activa internacional frente al Estado.

La esencia del los Estatutos de Nüremberg y Tokio y de los principios que germinaron de ellos, consiste en que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones de obediencia impuestas por cada Estado.

El basamento del Derecho Penal Internacional es el principio general de responsabilidad individual, aplicable sólo a las personas naturales, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, de carácter reparatoria o “internacional”, en sentido estricto. La responsabilidad penal de carácter internacional abarca a todas las personas de la jerarquía que en él han tenido algún grado de participación y por hechos consumados, intentados o planificados, según el sistema del Derecho Penal clásico.

De acuerdo con lo anterior, la principal preocupación es establecer si en el estado actual del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho de ejercer jurisdicción respecto de los presuntos responsables de estos crímenes, sin que exista un vínculo de conexión que los habilite (jurisdicción universal *in absentia*) o solamente con la presencia del presunto responsable en el Estado que ejerce la jurisdicción. En Derecho Internacional, esto se conoce como el principio de jurisdicción universal, consistente en la jurisdicción de carácter penal basada en la naturaleza del delito, sin consideración alguna del lugar de comisión del crimen, de la nacionalidad del presunto autor o partícipe, de la nacionalidad de la víctima o de cualquiera otra conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción (salvo la presencia del presunto autor o partícipe).² El fundamento de este principio radica en la necesidad de evitar la existencia de “paraísos seguros” (*safe havens*), en los cuales los responsables de crímenes internacionales puedan permanecer impunes.

Esta publicación busca propiciar un debate sereno, lúcido y objetivo sobre la aplicación de la jurisdicción universal en el juzgamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Guatemala, en especial durante el denominado “conflicto armado interno”, ante la incapacidad, impotencia o falta de “voluntad política” del sistema de justicia. De ahí que el principal mérito de esta publicación de la

¹ Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 191.

² Reydam, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2003, p. 3; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, 2005, pp. 25-26.

Fundación de Antropología Forense de Guatemala (FAFG), estriba en presentar los principales argumentos jurídicos para que estos crímenes no queden impunes, ya que su encausamiento y punición le corresponde a la humanidad toda.

Quienes se oponen a este juzgamiento, al alegar que se atenta contra la soberanía, no dudan en aplaudir la mundialización económica que ha relativizado fronteras y autonomías mentales, además de consolidar la colonización cultural. Lo más grave de esta postura es que se afirma un deleznable sentido de lo nacional a costa de negar que en Guatemala no se cometieron actos de genocidio durante el “conflicto armado interno”.

En otras latitudes, hay quienes niegan o minimizan el Holocausto sufrido por el pueblo judío durante el régimen nacionalsocialista alemán, entre 1933 y 1945. Ese negacionismo se ha dado en dos corrientes. Una, afirma que la historia del Holocausto es errónea, en especial sobre la existencia de las cámaras de gas y de los hornos crematorios. La otra, plantea que el Holocausto no afectó únicamente a los judíos y no tuvo la magnitud repetida en versiones históricas que tienen como propósito provocar un sentimiento de culpa planetario para justificar la creación del Estado de Israel.

La legislación penal de varios países castiga el negacionismo. En Alemania y España se considera delito el ocultamiento consciente del genocidio. El 12 de octubre de 2006, la Cámara Baja del Parlamento francés aprobó un proyecto de ley que convierte en crimen negar que unos 1.5 millones de armenios sufrieron genocidio durante la desmembración del imperio otomano, en la Primera Guerra Mundial. Según esa iniciativa, el que niegue el genocidio recibirá una pena de un año de prisión y 45 mil euros de fianza, el mismo castigo impuesto en Francia para quien niegue el genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial.

Se ha confundido el genocidio con las masacres, las matanzas colectivas, los homicidios múltiples y las campañas de exterminio. El horror y las atrocidades perpetradas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, despertaron en la conciencia internacional la necesidad de establecer instrumentos jurídicos para tipificar delitos como el genocidio, que lesiona bienes jurídicos protegidos por toda la comunidad internacional. Los convenios que regulan ese tipo de crímenes, conformaron una doctrina distinta del Derecho Internacional, destinada a proteger a los individuos, a los grupos sociales y a las poblaciones. Son cuerpos jurídicos con supremacía sobre las leyes nacionales que obstaculicen su aplicación, pues su jurisdicción es universal.

El Siglo Veinte se caracterizó por la frecuencia del genocidio, en distintos momentos y culturas del planeta. En la práctica, las leyes, tratados y convenios aprobados para reprimir ese delito contra la Humanidad han demostrado una eficacia muy limitada, como quiera que con diferentes protagonistas y en distintos lugares, los actos de genocidio se han repetido, una y otra vez.

El genocidio es el asesinato masivo, planificado y deliberado de gran número de personas, cometido por un gobierno o cualquier forma de organización política que tenga control o autoridad sobre dichas personas. Sin embargo, la descripción de cada acto de genocidio por separado y su registro, también por aparte, en la historia y en la memoria, provocan que las tragedias no se vivan como una experiencia común que debería despertar indignación universal.

El jurista Rafael Lemkin, acuñó la palabra “genocidio” en su libro “Axis Rule in Occupied Europe”, para designar el asesinato en masa de personas. El término está formado por la palabra griega *genos*, que significa raza, nación o tribu, y el sufijo latino *cide*, matar.³ La Carta de Nüremberg (1945), no lo definió expresamente como crimen, pero en el acta de acusación y en los discursos inaugurales del juicio de los jefes nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg lo aludieron como crimen de lesa

³ Gil Gil, Alicia. El genocidio y otros crímenes internacionales. Centro Francisco Tomás y Valiente. UNED Colec. Inerciencias. Pág. 125.

humanidad. Francisco Laplaza prefiere el giro “genticidio”.⁴ Sin duda, es uno de los crímenes más graves del Derecho Internacional y ha sido calificado como “el crimen de los crímenes”.⁵

La definición legal de genocidio se encuentra en la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio de las Naciones Unidas (1948). El artículo II establece que es cualquiera de los actos “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Esta intención lo distingue de otros crímenes de lesa humanidad. El artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) le confiere a ésta jurisdicción respecto del genocidio, tal como se formuló en 1948. Esta definición se considera parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que es de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, hayan ratificado o no la Convención. Los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda utilizan la misma definición.

El artículo II de la Convención de 1948 determina que se entiende como genocidio: “a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Veinticinco años después, el Código Penal guatemalteco lo incorporó en su artículo 376, con leves modificaciones: 1) no incluyó el “grupo racial”; 2) en lugar de “matanza” indica la “muerte de miembros del grupo”; 3) omite que el sometimiento del grupo sea “intencional”, pero agrega a “miembros del mismo”; 4) en lugar de señalar, de manera general, las medidas que impidan los nacimientos en el seno del grupo, sanciona específicamente las “medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquier otra manera impedir su reproducción”; y 5) no se limita al traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo, sino suma a los adultos en el “desplazamiento compulsivo” de ambas categorías pertenecientes al grupo, a otro grupo.

El artículo III de la Convención de 1948, estipula que son punibles: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; y e) La complicidad en el genocidio. Es importante destacar que la influencia del *common law* anglosajón ha conducido a traducir “conspiración” por “asociación”, y “atentado” en lugar del término castizo “tentativa”.

El Código Penal guatemalteco sólo contempla la instigación al genocidio, en su artículo 377. De acuerdo con el artículo 25.3.b del Estatuto de Roma, todo el que ordene, proponga o induzca a alguien a cometer genocidio (consumado o en grado de tentativa) es culpable del crimen. También constituye un delito al tenor del artículo 25.3.e, el hecho de que una persona “haga una instigación directa y pública a que se cometa” genocidio.

El **genocidio cultural** (los actos cometidos con la intención de impedir a los miembros de un grupo utilizar su idioma, practicar su religión o realizar las actividades culturales propias del grupo) no está incluido en la definición de genocidio utilizada en el Estatuto de Roma si no comporta ninguno de los cinco actos prohibidos ni se comete con la intención requerida. Asimismo, el **ecocidio** (perpetrado para perturbar o destruir un ecosistema) por ataques al medio ambiente, tampoco está incluido en la definición ni constituye genocidio si los ataques no son causa de que se cometa con la debida intención ninguno de los cinco actos prohibidos.

⁴ Laplaza, Francisco. El delito de genocidio o genticidio. Ed. Arayú, Buenos Aires, 1953, luego de un estudio etimológico del término.

⁵ Sentencia de la causa Prosecutor v. Jean Kambanda, causa número ICTR 97-23-S, Sala 4 de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, septiembre de 1998, pág. 16.

⁶ Todo miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso puede ser víctima de genocidio. El término “étnico” denota grupo lingüístico y cultural.

El Estatuto de Roma no incluye los grupos sociales o políticos en la definición de víctimas potenciales. No obstante, muchos de los actos cometidos contra miembros de tales grupos serían de la competencia de la Corte, por ser crímenes de lesa humanidad, si se cometieran de manera generalizada o sistemática y de conformidad con la política de un Estado o una organización.

Gómez Benítez asevera que “la persecución de grupos políticos es persecución del grupo nacional”.⁷ En la Convención de 1948 no se incluyeron las causas políticas, ante la oposición de la Unión Soviética y de países latinoamericanos. El profesor español recuerda que los “jemes rojos” y los exterminios en Camboya se dirigieron contra los grupos que, además de afinidades raciales, las tenían religiosas y también políticas. Los grupos víctimas, perfecta y totalmente delimitados e identificables, fueron perseguidos más como grupos nacionales y religiosos que políticos.

Las motivaciones de los gobiernos chileno y argentino para cometer ciertos hechos delictivos se basó en que las víctimas no respetaban la religión católica y oficial, y eran de ideología comunista. El móvil delictivo puede ser político, económico o xenófobo, pero ello no convierte al grupo en político o económico, no contemplados en el Convenio. Para Gil Gil, “No se trata cómo se ha mantenido en ocasiones erróneamente el móvil del delito, sino de la intención, de lo que en la dogmática penal se conoce como un elemento subjetivo del injusto”.⁸ Frente a la afirmación de que en Chile se pretendió exterminar un grupo nacional chileno “subversivo”, “comunista”, resulta evidente que no se intentó exterminar total o parcialmente la nacionalidad chilena sino a los adversarios políticos.⁹

Desde el Tribunal de Nüremberg hasta el Estatuto de Roma, la figura del genocidio ha sido la misma: ocurre en países o regiones donde existe una autoridad dictatorial o impuesta (invasión extranjera, conmoción civil, revolución o guerrillas) que para sostenerse en el poder o control elimina a quienes califica como una amenaza. El agente del crimen acusa a sus víctimas de ser los causantes de sus actos y con ello pretende justificar sus matanzas.

Varias décadas de represión en Guatemala han impedido la persecución criminal de los genocidas en los tribunales locales, a lo que se suma la falta de debate de conceptos dotados de amplias acepciones. La importancia de impedir la impunidad del genocidio y de llevar a los tribunales a los genocidas, sin distinguir su nacionalidad, ideología, credo o raza, implica que cualquier interferencia, ya sea de principios, dogmática o finalista, no tiene los resultados que realmente importan a la humanidad para decir no al genocidio y los genocidas.

Este esfuerzo de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala (FAFG), propone un deslindamiento y el abordaje de un tema convertido en tabú, debido al miedo o a la indiferencia. La labor de la FAFG no se reduce al campo académico, sino busca fortalecer la práctica de los operadores de justicia de nuestro país, por lo que esta publicación principia por ser un reconocimiento de quienes han luchado para derribar los muros del silencio y así no seamos cómplices del **memoricidio**, ya que la memoria colectiva no es aniquilada por el olvido sino por la injusticia.

Marco Vinicio Mejía
Profesor de Derecho Penal Internacional
Universidad de San Carlos de Guatemala

⁷ Gómez Benítez, José Manuel. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid; artículo publicado en el diario “El País”, España, 3 de noviembre de 1998, pág. 16.

⁸ Gil Gil, Op. Cit., pág. 140.

⁹ Persecución de crímenes contra la Humanidad en la audiencia Nacional. Los Informes que los Fiscales no quisieron firmar. En: Jueces para la Democracia, No. 31, España, 1998, pág. 6. En igual sentido: Gil Gil, Op. Cit., pág. 149.

I. INTRODUCCIÓN

Este módulo tiene el propósito de colaborar con el proceso de capacitación de los fiscales del Ministerio Público y de los peritos en antropología forense para que el sistema de justicia establezca la verdad de los hechos, a fin de procesar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, cometidos durante el conflicto armado interno.

Tipos penales como desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura, genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, son considerados como “crímenes internacionales”, entendidos en dos sentidos, *formal* (de infracción establecida por una norma internacional) y *material* (de infracción que atenta contra el orden público de la sociedad internacional).

Recién aparecida en el paisaje jurídico planetario, la justicia penal internacional aún está a la búsqueda de sí misma. La primera Corte Penal Internacional permanente comenzó a sesionar a finales de 2002, luego de la entrada en vigor de su Estatuto, en julio del mismo año, cuatro años después de la firma del Tratado de Roma que lo definió.

En el plano jurídico, la consideración de los crímenes internacionales implica la reorganización todavía inconclusa de los conjuntos normativos. Definidos por la comunidad internacional por medio de una serie de declaraciones, resoluciones, convenciones y tratados a los cuales se agregan la costumbre internacional y los principios generales del derecho, esos crímenes se integran de manera progresiva en las legislaciones internas de los Estados, pero a costa de ciertas desnaturalizaciones, incluso, con la “renacionalización” de las definiciones. Además, la competencia simultánea de las jurisdicciones internacionales y nacionales incorpora disparidades de manera inevitable, y hasta contradicciones, entre un caso y otro, y a veces, entre un país y otro.

Este módulo está enriquecido con citas y ejemplos que pretenden dar a los fiscales conocimientos adicionales sobre Derecho Penal Internacional, algunos datos del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, citas y ejemplos de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sobre convenciones, documentos y resoluciones de la Organización de Naciones Unidas, y aporta algunas citas sobre autores y fuentes de estos temas.

En ese marco, el presente módulo persigue los siguientes objetivos: 1) instruir a los fiscales sobre las características que tiene una investigación antropológica forense, la información que puede aportar y sobre cada una de sus fases; 2) consolidar los fundamentos sobre los cuales se elaboró el Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológicas Forenses y aportar otros criterios que tiendan a que la tramitación sea simple y enmarcada en las reglas del Código Procesal Penal, del manual indicado y de la Instrucción 12-2005 del Fiscal General de la República y, 3) dar una visión panorámica de los delitos cometidos durante el conflicto armado interno, con el fin que los fiscales cuenten con instrumentos de análisis para diseñar estrategias de investigación y con ellas aprovechen de mejor forma la riqueza de las investigaciones antropológicas forenses.

Este módulo ha sido diseñado para apoyar los procesos de investigación y de persecución penal que realizan los fiscales del Ministerio Público, en la búsqueda de los vestigios que dejó el conflicto armado interno. Esperamos contribuir a la realización de la justicia, con la consiguiente reparación de las víctimas, para así poder alcanzar la tan ansiada paz firme y duradera.

SECCIÓN PRIMERA

1. La Política criminal del Ministerio Público en la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos

Como Política Criminal se conoce el conjunto de respuestas que el Estado da al fenómeno criminal por medio de instrumentos de coerción penal o de justicia criminal. La Política Criminal es un instrumento utilizado por el Estado para la prevención y represión del delito.

Hay que aclarar que no hay acuerdo en la utilización de un concepto de Política Criminal que limite las actividades del Estado o pueda utilizarse de manera más amplia y que tales actividades se extiendan hasta el punto de ser métodos en los que participa la sociedad en su conjunto. En contra de la segunda posición basta decir que si esto fuera así se podría pensar que la amenaza de linchar a alguien que roba es una actividad de prevención y el linchamiento corresponde a la represión del delito, lo cual es inaceptable.

La política criminal incluye la definición de conductas consideradas delitos, los procesos para declarar la responsabilidad y las penas que limitan la libertad de quienes son declarados culpables. En el fondo, esto es el conjunto de decisiones políticas del Estado por las cuales decide qué conductas criminaliza y a qué sectores de la sociedad quiere perseguir y reprimir.

La política criminal es un método utilizado por el Estado, que se fragmenta según los métodos propios de cada uno de los órganos que conforman el sistema de seguridad y el sistema penal, en donde cada uno de ellos es parte de un todo, idealmente coherente.

Para orientar el funcionamiento de este sistema, el primer paso del Estado es la definición de las conductas que considera necesario prevenir, perseguir y sancionar. En esta línea, se encuentra la inclusión de tipos penales en los códigos correspondientes. En otras palabras, la definición de un delito es un ejercicio soberano del Estado por el cual decide qué es nocivo y por tanto prohibido.

Aunque del párrafo anterior se deduzca la existencia de conductas prohibidas en un Estado mientras en otros estados no lo son, hay que aclarar que ésta no es la regla. De una visión rápida de distintos códigos penales puede constatarse que en todos ellos, al menos los de influencia occidental, los valores o bienes jurídicos que se protegen son los mismos. La vida, la libertad, la integridad física, por ejemplo, son valores protegidos universalmente.

La coincidencia que se da en la protección de valores a nivel de la comunidad de países refleja, asimismo, el consenso que existe en cuanto a la necesidad de reprimir las conductas que atentan contra tales valores. De hecho, el acuerdo de proteger los derechos de los ciudadanos frente al uso arbitrario del poder del Estado, ha quedado plasmado en las grandes declaraciones y convenciones de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional.

La formulación de la política criminal de los Estados no puede quedar al margen de los instrumentos internacionales, en primer lugar, porque su adhesión o ratificación obliga a los Estados, en muchos casos, a incorporar los postulados convencionales a las legislaciones internas y, en segundo lugar, porque aunque los Estados no los acepten, de cualquier manera se ven obligados cuando se trata de derechos inderogables como la vida. Guatemala, es parte de la comunidad de naciones, y por ese hecho está obligada por los más importantes instrumentos internacionales. Nuestro país es fundador de la Organización de Naciones Unidas y uno de los primeros en aceptar los postulados de la Declaración de las Naciones Unidas y de la Carta de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos, los cuales incorporan al derecho nacional los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de

genocidio. Al respecto, Miguel Ángel Urbina¹, señala:

“Todo el andamiaje jurídico que sustenta los tribunales de Nüremberg y Tokio, que incorporan los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se fundamenta en las declaraciones previas de las Naciones Unidas, de la cual Guatemala forma parte, como uno de los 26 países suscriptores en 1943 de la ‘Declaración de Naciones Unidas’; antecedente, inmediato de la ‘Carta de Naciones Unidas’ firmada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, la que conjuntamente con la aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y las declaraciones preliminares de los participantes en dicha conferencia, fueron aprobados mediante decreto 174 del Congreso de la República, el 11 de octubre de 1945.”

Posteriormente, Guatemala incorporó a su legislación los convenios de Ginebra y la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio y honró sus obligaciones convencionales al incorporar al Código Penal de 1973 las tres categorías de delitos mencionados. Con ello dio muestras, no sólo del cumplimiento ante la Comunidad de Naciones sino de ajustarse a las reglas de lo que podría denominarse una Política Criminal Universal.

Aunque hay muchos datos importantes sobre las obligaciones internacionales aceptadas por el Estado guatemalteco y sobre las normas nacionales que obligan a la persecución y represión de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, para esta parte del documento basta señalar que la política de persecución e investigación penal diseñada por el Ministerio Público (MP) no ha pasado por alto, en primer lugar, la atención a la víctima de delitos cometidos por funcionarios públicos, y en segundo lugar, la persecución penal de tales delitos.

En esa línea, debe verse como un avance significativo el Plan de Política Criminal elaborado por la Secretaría de Política Criminal Democrática, que en sí mismo es una guía política criminal para los fiscales en cuanto a la selección de casos y sobre cómo proceder ante distintas situaciones. De hecho, el Plan sustenta la formulación de la política de persecución e investigación criminal del Ministerio Público en la Constitución, en los instrumentos internacionales aceptados y ratificados por el Estado, y en las leyes ordinarias y los reglamentos relevantes en materia penal.

Por otro lado, el Plan es un instrumento rico en referencias dentro de las que no falta la obligación de proteger los derechos humanos de las víctimas, entre ellas, hace referencia a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Por la mención a este documento, el Plan de Política Criminal del Ministerio Público, además de la definición de víctima del Código Procesal Penal, se extiende a la contenida en esa resolución.

“Las víctimas del abuso de poder... Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal nacional, pero violan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”.

En cuanto a la persecución penal de los delitos cometidos durante el conflicto armado interno, el Ministerio Público participó, junto con las organizaciones dedicadas a las investigaciones antropológicas forenses de la formulación del Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológico Forenses en Guatemala, del cual, posteriormente para consolidarlo, giró órdenes precisas sobre los procedimientos adecuados y persecución penal de esos delitos por medio de la Instrucción 12-2005 del Despacho del Fiscal General, de fecha 2 de diciembre de 2005.

¹ Cf. Izpanel, Patricia y Urbina, Miguel Ángel. Rompiendo el Silencio. Justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Guatemala. ECAP, UNAMG y F&G Editores. 2006. Pág. 47.

En resumen, es importante introducir este trabajo delineando a grandes rasgos la inserción del Ministerio Público en el marco de las obligaciones convencionales receptadas e incorporadas al derecho nacional para la persecución penal de delitos que ofenden la conciencia de la humanidad.

2. Información general que aportan los informes antropológico-forenses

El trabajo de antropología forense ha revelado que durante el conflicto interno, se ejecutó a más de 4 mil personas²; que las masacres ocurrieron en zonas predominantemente mayas; que las víctimas eran civiles indefensos. En muchos casos, las evidencias osteológicas muestran señales de tortura. Se ha evidenciado, asimismo, que los agresores actuaron indiscriminadamente, sin distinguir entre hombres, mujeres, niños o ancianos. Hay que tener presente que los crímenes fueron perpetrados por fuerzas del Estado, la guerrilla y particulares.

Si se concatenan estos rasgos con otros provenientes de documentos o de testimonios de los sobrevivientes, se encuentra que hubo patrones definidos en cuanto a la elección de las víctimas, y en muchos casos, en la forma de ejecutarlas.

Si toda esta evidencia se analiza a la luz de la política general de la época en que sucedieron los hechos, no cabe duda que las investigaciones antropológicas forenses son, a nivel individual, el punto de partida para la determinación de la verdad de cómo sucedieron los hechos, por tanto, de su calificación jurídica. En su conjunto, las investigaciones antropológico-forenses, son el punto de llegada de una concatenación lógica de testimonios presenciales, investigaciones académicas y empíricas y de documentos históricos que se confirman con el contenido de las fosas.

La lectura individual de un informe antropológico-forense, puede informar sobre los hechos, los patrones de tortura, los patrones de muerte e incluso datos relevantes sobre la autoría. Una lectura global permite deducir la comisión de delitos de manera sistemática, generalizada y a gran escala contra comunidades, por lo general, de origen maya, que no participaban en los enfrentamientos.

3. Procedimiento para la intervención de peritos. Nombramientos, discernimientos de cargos y otras modalidades

3.1. Acumulación de diferentes casos en un mismo expediente.

Por razones prácticas, tanto para la Fundación de Antropología Forense de Guatemala como para las fiscalías, se ha acostumbrado que por razones de cercanía se realicen exhumaciones de hechos distintos y se rinda un solo informe, que se incorpora a un expediente judicial. Cada uno de esos informes disgrega cada hecho, de manera que a cada una de las exhumaciones le corresponde un apartado de los informes.

Sin embargo, puede darse el caso que el Fiscal recabe los medios de investigación necesarios para llevar a debate uno de los hechos o varios de ellos. Si esto llegara a suceder, al ofrecer la prueba el Fiscal debe ser cuidadoso en indicar cuál parte del informe se refiere al caso que se juzgaría.

² “Desde julio de 1992 a septiembre de 2006 han realizado la necrológica tarea de 620 desentierros en sitios donde se sabe que hubo matanzas; se han encontrado cerca de 4.120 osamentas de las que 2.200 han sido identificadas, y devueltas a sus familiares, todos indígenas. Torres-Rivas, Edelberto. Guatemala: desarrollo, democracia y los acuerdos de paz. REVISTA CENTROAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES. Vol. 3. No. 2. 2006. Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) y FLACSO. Pág. 35. http://www.flacso.or.cr/fileadmin/documentos/FLACSO/Apartir_2007/RCCS_N_6_01.pdf. Consulta efectuada el 20 de diciembre de 2007.

Otra solución que tendría el Fiscal sería solicitar a la Fundación de Antropología Forense de Guatemala, certificaciones de cada uno de los informes por separado, para documentar puntualmente cada uno de los hechos que llegarán a debate.

3.2. Denuncia ante Fiscal, autorización de Juez de Primera Instancia, juramentación por Juez de Paz.

La etapa de investigación está a cargo del Fiscal; por tal razón, este funcionario tiene el poder de decidir cuáles son los medios de investigación necesarios, de qué manera se realizarán y cómo se presentarán. Sin embargo, de una revisión de los expedientes de las exhumaciones realizadas, se pudo establecer que una de las modalidades que han empleado los operadores de justicia para autorizarlas y llevarlas a cabo implica tomar los pasos siguientes:

1. Denuncia por las asociaciones de víctimas o por familiares de éstas, ante el Ministerio Público.
2. El Fiscal designado solicita la autorización ante el Juez de Primera Instancia para realizar la exhumación.
3. Éste autoriza y ordena al Juez de Paz de la localidad que realice la diligencia. El Juez de Paz, también es delegado para que ordene los puntos sobre los que deben informar los peritos y discernirles el cargo.
4. En otros casos, los jueces de paz, además exigen la presencia del Fiscal en el momento en que se inicia la exhumación

Esta práctica por parte de los fiscales retardaba el diligenciamiento de este tipo de peritajes, aún cuando de conformidad con el artículo 230 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público tiene la facultad de ordenar sus peritajes, designar peritos y realizar las diligencias de investigación que sean necesarias durante la etapa preparatoria. En tal sentido y, siendo acordes al Modelo Acusatorio adoptado en el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, era necesario instruir a los fiscales para que se hiciera uso de las facultades legales mencionadas; lo cual se reguló en la Instrucción General Número 012-2005 del Fiscal General y Jefe del Ministerio Público de fecha 12 de diciembre de 2005.

3.3. Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológico-Forenses en Guatemala y su Instrucción General.

Para terminar con este punto y con la discusión sobre a qué entidad le corresponde investigar en casos de cementerios clandestinos, se recuerda que estos aspectos se dieron por resueltos con el manual mencionado y con la posterior Instrucción General del Fiscal General. De ésta se destacan los artículos 3 y 4:

“3. De los trámites y sus plazos: Inmediatamente de recibida una denuncia de la existencia de un cementerio clandestino y/o solicitud de practicar una exhumación, el Fiscal a cargo debe realizar todos los trámites de conformidad con la ley, designar a los peritos y practicar la exhumación. Para el efecto, coordinará con los expertos designados y los denunciantes, señalando día y hora en que se llevará a cabo la inspección previa, dentro de un tiempo razonable. De igual manera se procederá para el inicio de la excavación. Todas las solicitudes deberán ser tramitadas sin demora y bajo ningún pretexto podrá ningún funcionario o empleado del Ministerio Público, negarse a recibirlas.

4. De la Orden de Peritaje y las Designaciones de los peritos: el artículo 230 del Código Procesal Penal define las competencias de los diferentes órganos de justicia con respecto al peritaje. El discernimiento judicial sólo se empleará en el caso de prueba anticipada y en la etapa del juicio. En la fase preparatoria, es el fiscal quien designa los peritos y ordena la investigación antropológico-forense, que incluye todas las etapas de la misma, desde la ubicación, búsqueda y excavación, hasta el análisis (artículos 108, 110 y 225 del CPP). La autorización del juez contralor sólo es necesaria en el caso de prueba anticipada (artículo 230 del CPP) y cuando la excavación deba realizarse en algún lugar cuyo acceso requiera de autorización judicial (187-193 del Código Procesal Penal).”

SECCIÓN SEGUNDA

1. De los delitos cometidos durante el conflicto armado interno

Como se indica párrafos más adelante, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), al calificar los hechos de violencia ocurridos durante el conflicto armado eligió tres marcos generales: 1. Derechos Humanos. 2. Derecho Internacional Humanitario. 3. Delitos de Lesa Humanidad y Genocidio.

De estos tres marcos jurídicos se desprenden algunas de las conductas que la CEH en su informe analiza de manera detallada. Para esta sección se presentan los cuatro delitos más graves que en el marco de violaciones a los derechos humanos, aborda el informe ya indicado; éstas son: violaciones sexuales, desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y tortura.

Se hace la salvedad que los tipos penales mencionados no estaban incluidos en el Código Penal en el período en que se libró el conflicto armado. Sin embargo, se incluyen en este documento por dos razones: 1. Los fines de este estudio es propiciar visiones amplias de cómo los fiscales puedan abordar diversos problemas. 2. Aunque en la época del conflicto no existían taxativamente como tipos penales, las conductas sí encajan en los marcos de los delitos contenidos en el artículo 378 del Código Penal, que corresponden a los delitos internacionalmente conocidos como de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio que sí estaban vigentes en Guatemala durante la época del conflicto.

El delito de desaparición forzada debe incluirse dentro de los delitos que por su naturaleza de delito permanente es posible perseguir, juzgar y sancionar en la actualidad.

2. Violación Sexual

2.1. Bien Jurídico tutelado.

Este delito se encuentra tipificado en el Título III del Código Penal, el cual responde a la rúbrica “De los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y contra el pudor”. Los delitos contra la libertad y seguridad sexual se hallan contenidos entre el Capítulo I y V de dicho Título y los delitos contra el pudor están en el Capítulo VI. Por ello, se puede afirmar que los bienes jurídicos tutelados, por la inclusión de la violación sexual, son la libertad y seguridad sexual.

2.2. Tipo objetivo.

2.2.1. Acción

Para el Código Penal nacional, “yacer con mujer” implica coito, por tanto, para que el delito se consume debe haber penetración sexual. Esto se debe a que la Comisión redactora del Código Penal hizo referencia únicamente a “*la realización del ayuntamiento normal*” Asimismo, “*la Comisión... creyó que otras formas de actos venéreos en los que no haya realización del coito deben encajarse como dentro del delito de abusos deshonestos.*” De esa manera quedaron relegados a abusos deshonestos otros actos que por su gravedad merecerían también ser definidos como violación.

De acuerdo con las tendencias más modernas, recogidas por ejemplo en el Código Penal Español o aplicables a conflictos armados o a contextos de violencia sistemática o generalizada, la violación sexual abarca otras conductas por las que no necesariamente se cometan esta clase de actos por medio del coito violento. Así, el documento relativo a los Elementos de los Crímenes Competencia de la Corte Penal Internacional, establece que para que haya violación en el marco de los delitos de lesa humanidad o de los crímenes de guerra el “*autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra*

parte del cuerpo”.

2.2.2. Sujetos

En la Exposición de Motivos del Código Penal, se lee:

“Entendiendo que el concepto más propio de la violación y del estupro es la realización del ayuntamiento normal, la Comisión, separándose de otras teorías de actualidad que han extendido el término de violación a los ayuntamientos homosexuales, ha creído conveniente mantener este tipo de figuras exclusivamente a relaciones heterosexuales.”

2.2.2.1. Sujeto Activo

Por lo anterior, se puede señalar que el sujeto activo del delito ha de ser un hombre, pues, como la Comisión señala, este delito únicamente puede cometerse dentro de relaciones sexuales de carácter heterosexual. Sin embargo, dado que durante el conflicto armado en muchas ocasiones la violación sexual por parte de los soldados fue ordenada o consentida por otros militares de mayor rango, no puede perderse de vista el artículo 36 del Código Penal, en el que se tiene por autores a:

- 1º. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
- 2º. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

2.2.2.2. Sujeto Pasivo

Del resumen de los artículos pertinentes a la violación, puede entenderse que ésta se comete sólo contra mujeres y que se refiere directamente a forzarlas a mantener relaciones sexuales no deseadas por ellas, por medio de la fuerza o la coacción.

2.2.3. Tipo Subjetivo, el Dolo

El ánimo de yacer con violencia.

3. La Desaparición Forzada de Personas y la importancia de las investigaciones antropológico-forenses

3.1. Antecedentes

El fenómeno de la desaparición forzada en Guatemala, ha sido documentado principalmente por organizaciones de familiares de víctimas, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por relatores en materia de derechos humanos asignados por la ONU a Guatemala y por otras instancias de protección de derechos humanos, como el PDH.

La cifra posible de desapariciones forzadas se fijó en 45,000. La Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) registró un total de 61,648 violaciones de derechos humanos, de las cuales 6,159 corresponden a casos de desapariciones forzadas cometidas durante el período que abarcó el enfrentamiento armado.

La CEH, también sostiene que en los momentos anteriores y posteriores a la época más aguda del conflicto, 1979-1984, la desaparición forzada fue la violación a los derechos humanos que con mayor frecuencia se practicó por los agentes del Estado.

El informe de la Comisión observa cómo en 1971, 1975 y 1976 se prefirió esta práctica a la ejecución extrajudicial. Asimismo, la Comisión señala que todas las violaciones a los derechos humanos decrecieron antes de la firma de los acuerdos de paz; sin embargo, la desaparición forzada decreció en menor escala.

3.2. Marco Legal

Para los fines de este documento es necesario tener en cuenta algunos conceptos que, desde diferentes puntos de vista definen la desaparición forzada, y con ellos, por extensión, quiénes son los autores y las personas desaparecidas. Los conceptos más importantes se hallan en los ámbitos del Derecho Penal, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

3.2.1. Derecho Penal Interno.

El Código Penal establece la desaparición forzada en el artículo 201 TER., de la manera siguiente:

“DESAPARICIÓN FORZADA. Comete el delito de desaparición forzada, quien por orden o con la autorización, apoyo o la aquiescencia de autoridades del Estado, privaren de cualquier forma de la libertad a una o más personas por motivos políticos ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para tales acciones.

Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente, o actúen con abuso o exceso de fuerza. Igualmente, cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas.

El delito se considera continuado en tanto no se libere a la víctima.

El reo de Desaparición Forzada será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente, o falleciere.”

3.2.2. Características generales del Delito de Desaparición Forzada

3.2.2.1. Delito Pluriofensivo y Bienes Jurídicos Protegidos

Se dice que es un delito pluriofensivo, pues los bienes jurídicos que vulnera están protegidos en el Derecho Penal. Fundamentalmente, protege el derecho a la libertad individual, específicamente la libertad ambulatoria. Diez Ripolléz³, la define como la *libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra*. Para Córdova Roa⁴, es *la capacidad del hombre de fijar su situación en el espacio físico*.

³ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. La tipificación de violaciones en Contra de Derechos Fundamentales y los hechos de violencia vinculados al enfrentamiento armado. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala. 1998. Pág. 19.

⁴ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid.

Sin embargo, existe consenso que la desaparición forzada también es un delito que afecta el derecho a la personalidad jurídica, reconocido por los artículos 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 4 y 6 de la Constitución de Guatemala, entre otros instrumentos. Debido a la negativa del autor de informar sobre el paradero de la víctima, en su caso de su cuerpo, se anula la personalidad de la víctima. Con ello, desde los derechos más básicos como el derecho al nombre, al ejercicio de cualquiera de sus derechos civiles y políticos, a su existencia social, hasta su derecho a una sepultura digna y de acuerdo a su religión o costumbre. En caso la víctima sea ejecutada, vulnera del derecho a la vida.

La desaparición forzada es un delito que el autor va realizando paso a paso y sin pausas. Quien lo comete (sujeto activo), sustrae a la víctima de su ámbito de libertad, luego la somete a una detención prolongada; durante ella, niega o esconde noticias de su paradero, quitándole la posibilidad de presentar recursos legales a su favor. Asimismo, durante este período, la víctima puede ser torturada, y finalmente ejecutada.

Como se puede deducir, es una conducta que lesiona la libertad, la integridad física y la vida de una persona. Por tanto, la existencia de normas que la prohíban tiene razón en cuanto protege dichos bienes.

3.2.2.2. Delito Permanente.

Alejandro Rodríguez, indica que el delito permanente se da cuando “mediante una acción se crea una situación antijurídica que perdura un determinado tiempo” y explica que en esos casos hay una unidad de acción en sentido estricto, ya que no deja de haber un solo delito, pues la acción típica se repite o sucede dentro de un lapso de tiempo.⁵

La desaparición forzada se consuma hasta el momento en que aparece el cuerpo de la víctima. Esto significa que el autor está cometiendo permanentemente el delito desde que priva de la libertad a la víctima, todo el tiempo que lo tiene bajo cautiverio hasta que lo libera, aparece su cuerpo u osamenta. Durante ese tiempo puede ser que el victimario torture a la víctima, luego la mate y esconda el cuerpo. Además, el autor niega dar información dónde está la persona viva o dónde se encuentra su cuerpo cuando ya fue asesinada. Siendo ese el caso, la desaparición forzada se consumaría hasta el momento en que aparece la osamenta de la persona desaparecida. Cuando aparece el cadáver de la persona desaparecida, la desaparición forzada concursa con la ejecución extrajudicial.

El Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su informe de 1994, indicó:

“Este delito es permanente por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida.”

3.2.3. Elementos del Delito de Desaparición Forzada

3.2.3.1. Tipo objetivo

3.2.3.2. Acción:

Privar de la libertad a una o más personas, por motivos políticos o por cualquier motivo; en el primer caso, si se trata de agentes de seguridad. Además, el autor, alternativamente debe cometer cualquiera de los siguientes actos:

⁵ Cf. Rodríguez Barillas, Alejandro. Unidad y Pluralidad de Delitos. Tema 17. Manual de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General. Impresos Industriales, S.A. 2001. Pág. 497 y ss.

- 1 Ocultar el paradero de la víctima.
- 2 Negarse a revelar su destino.
- 3 Negarse a reconocer su detención. El sentido por el que los legisladores incluyeron estos tres actos, estriba en el hecho de que la falta de información sobre el paradero de una persona facilita la vulneración de otros derechos de las víctimas, y la impunidad por el hecho.

3.2.3.3. Sujetos

3.2.3.3.1. Sujeto Activo (Victimario):

- 1 Agentes de las fuerzas de seguridad que cometen directamente el acto, o los funcionarios que dan la orden o que consientan que se cometan desapariciones forzadas.
- 2 Los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas.
- 3 Los miembros de grupos insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo.

3.2.3.3.2. Sujeto Pasivo (persona desaparecida o víctima)

- 1 Una o más personas por motivos políticos. Para los fines que interesan a este documento y enfocando a las víctimas de la desaparición del conflicto armado, estas se concretan a personas que formaban parte de los grupos insurgentes o a las personas que el Estado consideró que participaban en ellos y los “desapareció” por motivos políticos. En caso para que un desaparecido sea considerado víctima del delito de desaparición forzada, debe ser desaparecido por agentes del Estado o personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia de autoridades del Estado, y siempre deben mediar motivos políticos.
- 2 Una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad en ejercicio de sus cargos, cuando actúen arbitrariamente o con abuso de fuerza. En este punto, el énfasis está puesto sobre el sujeto activo del delito (a la persona que comete la acción de desaparecer a otro) pues se menciona a los elementos de los cuerpos de seguridad. Por tanto, el sujeto activo del delito condiciona al sujeto pasivo y lo extiende a cualquier persona, si fue desaparecido por las fuerzas de seguridad del Estado.
- 3 El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona si es cometida por bandas organizadas o insurgentes.

Una observación más, es que el artículo citado no habla de víctima en singular, sino extiende esa categoría a víctimas, pues establece que pueden ser *una o más personas*. Esta característica, sumada a que este delito puede cometerse por motivos políticos, coincide con las características de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, según sea el contexto. Este punto se tratará más adelante.

3.2.3.4. Modalidad.

Es un delito que se comete por la acción de la persona que priva de la libertad a otra. Se puede cometer por omisión si un funcionario público de mayor jerarquía da su consentimiento para que estos actos se realicen por sus subordinados.

3.2.3.5. Medios.

Materiales e inmateriales. En el segundo caso, si se trata de un funcionario que consiente la comisión del delito.

3.2.3.6. Resultados.

La privación de la libertad. Las lesiones físicas o mentales. La muerte de la víctima.

3.2.4. Tipo subjetivo, dolo o intención.

El dolo clásico de la desaparición forzada es político. En Guatemala, debido a que se quiso sancionar a bandas del crimen organizado, se puede entender que el dolo es el ánimo de pedir rescate, pues incluye como parte de la desaparición forzada al plagio o secuestro, que se comete con el ánimo de obtener una recompensa. El tipo penal guatemalteco incluye los fines terroristas, como el dolo con el que se puede cometer la desaparición forzada. En cualquiera de los tres casos además de la detención ilegal de la víctima, el autor debe actuar con conocimiento de los hechos y la voluntad de realizarlos; además, debe concurrir la negativa de informar sobre el paradero de la víctima.

4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los sistemas de protección de derechos humanos se caracterizan porque al final del procedimiento, si las víctimas o los peticionarios han logrado probar sus afirmaciones, la Corte Interamericana de Justicia emite una condena contra el Estado, es decir, no hacen condenas personales que impliquen la sanción de alguien específicamente.

Debido a que el Estado en su conjunto (sus tres poderes) son los garantes del respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos de un país, en todo momento los órganos de los sistemas de protección (en el caso de este continente la Comisión Interamericana, y la Corte Interamericana) presumen la responsabilidad del Estado. Esto tiene una consecuencia sobre la prueba: el Estado es el que debe probar que las afirmaciones de los peticionarios no son ciertas y si no lo consigue, se tiene por probada su responsabilidad.

En muchos casos, las violaciones a los derechos humanos no son cometidas por agentes o funcionarios del Estado, ni el Estado ha propiciado tales violaciones. Sin embargo, dada la posición de garante del Estado, si no ha podido proteger los derechos de tales ciudadanos, por ejemplo, si un asesinato está impune por largo tiempo, el Estado es el responsable por la falta de respuesta del aparato de justicia ante ese asesinato. El Estado no será condenado por el asesinato, sino por su incapacidad de proteger o reaccionar ante la privación de la vida de la víctima.

El artículo II de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, establece qué es la desaparición forzada y, por extensión, quiénes son las víctimas de esa violación a los derechos humanos. Esa Convención establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

4.1. Sujetos.

Como se ve, la Convención no hace distinción entre personas desaparecidas por motivos políticos o por cualquier otro motivo; por tanto, es amplia en cuanto no exige una calidad especial de las víctimas. En cambio, limita la calidad de los autores, por cuanto sólo pueden cometer desaparición forzada los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

Bienes que protege en el derecho de los derechos humanos. La gravedad de esta conducta llega más allá, pues por una parte, niega a la persona desaparecida derechos que le corresponden *post mortem*, como el derecho a un entierro de acuerdo a su religión o a ceder sus bienes a quien desee. En el caso de Guatemala, se ha convertido en un obstáculo para establecer los derechos que tienen los familiares de la víctima frente al Programa Nacional de Resarcimiento. En el seno de la familia de la víctima, la desaparición de un ser querido, además de la incertidumbre, implica el sufrimiento de la búsqueda, y la frustración de no hallar respuesta de las autoridades policiales y judiciales. Muchas veces, los familiares también han sido amenazados.

5. Derecho Internacional Humanitario.

El documento “The Missing. The right to know” caracteriza a las personas desaparecidas de una manera más amplia que los instrumentos legales:

“El término personas desaparecidas debía interpretarse en su sentido más amplio. Las personas desaparecidas o dadas por desaparecidas son aquellas de las que los familiares están sin noticias y/o que han sido dadas por desaparecidas sobre la base de información fiable. Una persona puede ser dada por desaparecida en muchas circunstancias, como el desplazamiento, sea desplazados internos, sea de refugiados, la muerte en acción durante un conflicto armado, o la desaparición forzada o involuntaria.”⁶

La definición dada por el documento mencionado, incluye la desaparición forzada como causa de la existencia de desaparecidos; sin embargo, por ser un documento que intenta fortalecer el Derecho Humanitario aplicable a conflictos armados o a períodos de represión, incluye:

- 1 La desaparición forzada (personas desaparecidas por fuerzas de seguridad, por razones políticas).
- 2 A aquellas de las cuales su familia no ha tenido noticias.
- 3 Las que han sido reportadas como tales sobre la base de información fiable.
- 4 Otras circunstancias características de los contextos de conflicto o represión, como los desplazados internos, los refugiados, o los muertos en enfrentamientos.

Como se ve, este documento tiene como único límite que la desaparición de la persona se produzca en el contexto de un conflicto interno de carácter internacional, interno o en el marco de un período de violencia interna y que no se tenga noticias de las víctimas. De ello se deduce que sólo una investigación podrá determinar si una persona, de quien se deja de tener noticias dentro de ese período, está ausente precisamente por causas vinculadas al conflicto o causas distintas.

⁶ Cf. Cruz Roja Internacional. The Missing. ICRC Progress Report. Agosto 2006. [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0897/\\$File/ICRC_002_0897.PDF!Open](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0897/$File/ICRC_002_0897.PDF!Open)

6. Investigación Forense.

Los operadores de justicia nombran a los Peritos de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala como sus auxiliares, para identificar las osamentas que se hallan en las fosas que serán exhumadas.

La identificación de personas tiene sentido para la investigación fiscal en tanto se tenga una estrategia de investigación dirigida a determinar la desaparición forzada de personas como el delito establecido en el artículo 201 TER., o como delito de lesa humanidad o crimen de guerra, delitos preceptuados en el artículo 378, ambos del Código Penal.

6.1. Formas cómo se cometió la desaparición forzada durante el conflicto armado.

Lo primero que debe establecerse es que la desaparición forzada de personas durante el conflicto guatemalteco, se dio de manera autónoma o concurrió con otros delitos. De acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, en todos los casos se reputan como desaparecidos porque los familiares, amigos o personas interesadas no han tenido noticias de su destino o del paradero del cuerpo hasta que aparece la osamenta

Al afirmar que se cometió de manera autónoma, lo que se caracteriza es que la desaparición de alguien se realizó siguiendo los pasos de un plan preestablecido en el que se puntualizó a la persona que los agresores querían tener bajo su poder y luego se le privó de la libertad de manera individual. Los fines de la desaparición de esta manera, generalmente fueron los de obtener información con propósitos contrainsurgentes, de manera que la víctima de una desaparición forzada autónoma generalmente fue torturado y posteriormente asesinado.⁷

Cuando se indica que la desaparición forzada se cometió en concurrencia con otros delitos, se hace referencia a aquellas personas que fueron detenidas colectivamente, o a quienes simplemente fueron asesinadas durante una masacre o cuyos cadáveres aparecieron en la vía pública y no fueron identificados y se consideran desaparecidos por la falta de información sobre su destino o paradero del cuerpo.

6.2. Personas halladas en cementerios ubicados en centros militares.

Se caracterizan porque las víctimas fueron enterradas por los agresores, luego de haberlas tenido bajo su control por algún período de tiempo. Este es el clásico hallazgo de personas desaparecidas. Es conocido que durante el enfrentamiento existieron cárceles clandestinas.

En este punto lo que resulta importante es delinear los datos que a un Fiscal le resultarían importantes para apoyar su investigación:

- 1 Lugar de la exhumación. Además de la determinación de los datos arriba indicados (inmovilización-tortura) en los casos que en que se ha exhumado en centros militares, como destacamentos o zonas, se han hallado evidencias que permiten la presencia de elementos militares en el lugar; por ejemplo: uniformes, grandes cantidades de vainas de balas o restos de las mismas construcciones, entre otras, de tal manera que la descripción del lugar, resulta valiosa para el Fiscal con el propósito de probar la existencia de un centro clandestino de detención. En estos casos, el contexto inmediato del área que se investiga, debe ser lo más extendida posible, pues los centros militares tienen características propias que facilitarían al Fiscal formarse una hipótesis sobre los autores, sobre las características del delito y sobre sus elementos.

⁷ Cf. Comisión de Esclarecimiento Histórico -CEH- Guatemala, Memoria del Silencio. Conclusiones y Recomendaciones. Guatemala 1999. Párrafo 89.

- 2 Inmovilización de las víctimas. Si la osamenta estaba atada, el Fiscal puede presumir que esa osamenta correspondía con un prisionero de guerra o de una persona sospechosa de pertenecer a la insurgencia.
- 3 Patrones en las causas de muerte. La repetición de las lesiones que posiblemente causaran la muerte de varias personas pueden evidenciar al investigador que a los agresores tomaron la decisión de ejecutar de una manera que les resultara práctica, que lanzara un mensaje de terror, o que emanara de orden de ejecutar colectivamente

7. Ejecución Extrajudicial

“ARTÍCULO 132 BIS. Comete el delito de ejecución extrajudicial, quien por orden, con autorización apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, privare, en cualquier forma, de la vida a una o más personas, por motivos políticos; en igual forma comete dicho delito el funcionario o empleado público, perteneciente o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para la comisión de tales acciones.

Constituye delito de ejecución extrajudicial, la privación de la vida de una o más personas, aún cuando no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o actúen con abuso o exceso de fuerza. Igualmente cometen delito de ejecución extrajudicial, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando como resultado de su accionar resultare la muerte de una o más personas.

El reo de ejecución extrajudicial será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Se impondrá la pena de muerte en lugar de máximo de prisión, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando la víctima sea menor de doce años de edad o persona mayor de sesenta años.

b) Cuando por circunstancias del hecho o de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente.”

7.1. Comentario

Como producto de los compromisos adquiridos por el Gobierno derivados de los acuerdos de paz, el delito de ejecución extrajudicial, junto con el de desaparición forzada y la tortura, fueron incluidos en el Código Penal guatemalteco, en 1995. En otras palabras, tales delitos no estuvieron vigentes durante el conflicto.

Su inexistencia como delito durante el conflicto, estriba en que por lo general, su comisión estaba endilgada a los agentes del Estado, y en Guatemala, como en otros países en conflicto, los gobiernos no han aceptado su inclusión. Seguramente, una de las razones es que este delito se comete por razones políticas.

Este delito está condicionado a las personas que lo cometen, ya que según la redacción legal, lo cometen por razones políticas.

7.2. Investigación Forense.

Para un perito, es imposible determinar quién fue el autor, si los motivos fueron políticos y, en su caso, si la osamenta de una persona pertenece a algún grupo perseguido por motivos políticos.

Las lesiones, por lo general, dejan rastros en las osamentas, por lo que el perito en antropología forense

podría contribuir con la investigación fiscal informando de estos extremos. Con esto, el fiscal podría contar con un elemento objetivo sobre la cual construir su hipótesis.

7.3. Elementos del delito de Ejecución Extrajudicial

7.3.1. Tipo objetivo

7.3.1.1. Acción

Matar a una persona. Sin embargo, se le añade gravedad a lo injusto de la acción cuando es cometido por personas encargadas de hacer que se cumplan las leyes, como los funcionarios públicos, por ejemplo, soldados y policías, y cuando para su consumación median motivos políticos. Ambos elementos condicionan el tipo penal.

7.3.1.2. Modalidad

La ejecución extrajudicial se comete bajo los supuestos “[de actuar] por orden, con autorización, apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado”, o se realiza por miembros de organizaciones terroristas o grupos insurgentes. Claudia Paz⁸ indica que caben las más diversas modalidades y medios y en cuanto al segundo supuesto, cuando el funcionario ordena, autoriza, apoya, o da su aquiescencia se contemplan 3 modalidades más. Según Claudia Paz, éstas son:

- 1 Autorizar u ordenar. Quien emite la orden o autoriza está colocado en una posición de instigador, que para la ley penal nacional tiene calidad de autor.
- 2 Apoyar. Si quien apoya está en la posición de un colaborador necesario, es decir, de quien participa con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer el delito (Art. 363 Código Penal.)
- 3 Dar aquiescencia, significa consentir o permitir. En este caso, se estaría ante un delito de comisión por omisión, y el funcionario no actúa como garante de las acciones de sus subordinados, pudiendo hacerlo.

La mencionada autora, indica que en el tercer supuesto, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, actuando arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza, se introduce un elemento normativo, pues los criterios para determinar en qué momento existió abuso o exceso de fuerza son dos, la necesidad y la proporcionalidad.

La necesidad enfatiza el carácter excepcional y limita la utilización de la fuerza a dos supuestos, la prevención de un delito y efectuar la detención legal de delincuentes o para ayudar a efectuarlas.

El criterio de proporcionalidad enfatiza que la fuerza sólo debe emplearse en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas. Y en el caso de armas de fuego se restringe su utilización a situaciones que impliquen peligro inminente de muerte o lesiones graves o una seria amenaza para la vida y sólo en el caso que resulten insuficientes medidas alternativas.

7.3.1.3. Medios

Materiales. Eventualmente inmateriales.

7.3.1.4. Resultado.

La muerte de una persona.

⁸ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ob. Cit. Pág. 7 y ss.

7.3.2. Sujetos

7.3.2.1. Sujeto Activo.

- 1 Los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que la cometan bajo órdenes superiores o estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o actúen con abuso o exceso de fuerza.
- 2 Los funcionarios públicos que den la orden, autoricen o presten la aquiescencia para que un agente la cometa.
- 3 Los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas.
- 4 Miembros de grupos insurgentes o subversivos.

La visión clásica de la comunidad internacional sobre las ejecuciones extrajudiciales se haya plasmada en los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, de la siguiente forma:

“Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva...”

Según Claudia Paz⁹, como sujeto activo están las personas particulares cuando actúan por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado. Esta autora, encuentra la lógica de endilgar este delito a miembros de las fuerzas de seguridad al hecho que tales personas se hallan en una *“especial posición de autoridad”* y los particulares en una especial sujeción frente al Estado que los coloca *“en una situación de indefensión cuando son los miembros de las fuerzas de seguridad quienes actúan en su contra... porque actúan con permiso para portar armas y para restringir los derechos de los ciudadanos.”* En síntesis, porque tienen acceso a todo el aparato estatal.

Por otro lado, la misma autora critica la extensión de los posibles sujetos que pueden cometer este delito a miembros de bandas terroristas o de grupos subversivos indicando que *“la especificidad de la figura, [frente] a otros tipos penales que protegen la vida desaparece, ya que si el miembro de una banda organizada con fines delictivos comete homicidio o asesinato, los tipos penales que corresponden son los artículos 123 y 132 del Código Penal.”* A la anterior crítica, debe agregarse que lo mismo sucede si son cometidos por miembros de fuerzas insurgentes o subversivas, pues, en los casos del conflicto, se estaría ante la comisión de una de las figuras contenidas en el artículo 378 del Código Penal (delitos contra los deberes de humanidad)

7.3.2.2. Sujeto Pasivo

No existe especificación de su calidad. Sin embargo, dado que la intención es matar con móviles políticos, los sujetos pasivos normalmente son opositores al régimen.

7.3.3. Tipo Subjetivo, el Dolo o Intención.

Causar la muerte de otra persona por motivos políticos.

⁹ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid. Pág. 6 y ss.

8. Tortura

Para determinar los alcances del tipo penal de tortura contenido en el Código Penal guatemalteco, es conveniente incluir el concepto internacional de este delito establecido en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Dicha norma establece:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

Esta previsión, también es importante complementarla con la contenida en el artículo 3 del mismo instrumento interamericano, que se refiere a los autores.

“Serán responsables del delito de tortura:

- a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.*
- b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.”*

Como se hará notar más adelante, el tipo normativo en materia de derechos humanos es más limitado que el tipo penal contenido en el Código Penal guatemalteco. Necesariamente, el primero tiene como fin limitar el ejercicio del poder abusivo del Estado. En tanto el segundo, como toda norma penal, es la expresión de la política criminal del Estado.

El artículo 201 BIS., establece el delito de tortura de la manera siguiente:

“Comete el delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.

Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por el delito de secuestro.

No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público.

El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.”

8.1. Comentario.

Como se insiste a lo largo de este manual, las investigaciones antropológicas forenses son capaces de determinar si una persona ha sufrido antes de morir. Determinar tal extremo es posible debido a que la regeneración de los huesos muestra los niveles de callosidad y en algunas osamentas las causas de muerte son muy evidentes, de lo que resulta que las otras lesiones responden a patrones de tortura.

8.2. Bien Jurídico Tutelado

El Código Penal nacional incluye la tortura como un delito contra la libertad y seguridad (Titulo IV). Claudia Paz anota que el bien jurídico protegido es un aspecto específico de la libertad, añadiendo, una discusión en cuanto a cuál es en realidad el bien que protege este tipo penal.¹⁰

En este marco, la citada autora indica primero que Carbonell Mateu / González Cussacs lo caracterizan como:

“una categoría propia, independiente de otros bienes jurídicos protegidos, como la vida, la integridad física, la libertad o el honor. La definen como el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre. Puede hablarse en este sentido de la indemnidad personal y su incolumidad.”

La citada autora continúa diciendo que Portilla Contreras critica la posición anterior y considera que:

“... el concepto de incolumidad abarca tanto la integridad síquica y la salud física y mental... la integridad moral debe equivaler a la integridad psíquica y a la salud en general...”¹¹

Continuando con el desarrollo dado a este delito por la autora citada, ella indica que Muñoz Conde tiene un punto de vista diferente. Este autor estima que el bien jurídico protegido es:

“el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución.”¹²

Claudia Paz agrega que, sin embargo, la función pública no constituye el objeto de protección del tipo penal, sino que el delito de tortura protege un derecho individual (la integridad moral) y la obligación moral de protegerlo.

En conclusión, el bien jurídico contra el que se atenta en el delito de tortura es la capacidad de los individuos de formar libremente su voluntad o su condicionamiento por medio de lesiones a la integridad física o mental, amenazas contra la vida o a la libertad que en este caso, son los medios para quebrantar aquella.

8.3. Tipo objetivo.

8.3.1 Acción.

El delito de tortura coincide con los delitos de resultado, es decir, hay una transformación del mundo exterior porque la víctima padece de sufrimiento o dolores graves, los que se propician cuando se somete a condiciones o padecimientos que supongan un atentado contra la integridad moral por medio de dolores físicos o mentales.

Desafortunadamente, a lo largo del tiempo la humanidad ha creado una variedad muy extensa de formas de torturar; por tanto, los medios para quebrar la integridad moral de las víctimas de tortura son incontables. En todo caso, sea cual sea el método para torturar, se insiste que éstos son los medios para quebrar la integridad moral.

¹⁰ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid. Pág. 12 y ss.

¹¹ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid.

¹² Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid.

8.3.2. *Sujetos.*

8.3.2.1 Sujeto Pasivo.

El Código Penal no hace una especial mención de quien debe ser la víctima de torturas. Sin embargo, según la CEH, el Estado vio como enemigos a un abanico muy amplio de sectores; dentro de ellos se hallan sindicalistas, estudiantes, profesionales, profesores, y pueblos mayas.

8.3.2.2. Sujeto Activo.

Al igual que los delitos de desaparición forzada y ejecución extrajudicial, por ser delitos cuya fuente es la protección de los derechos humanos, la tortura, a nivel de esa rama del derecho se endilga a agentes del Estado; sin embargo, el Código Penal nacional los extiende a otros grupos. Los sujetos activos, según este cuerpo normativo, pueden ser:

- 1 La persona que actúa por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado;
- 2 Los funcionarios o empleados públicos que ordenen a otros la comisión del delito;
- 3 Los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

En cuanto al tercer grupo, se comenta que al igual que los delitos de desaparición forzada o ejecución extrajudicial, su inclusión evidencia la visión político-criminal del Estado de aprovechar la oportunidad de incluir a los grupos que menciona como autores de tortura, aunque se les pueda endilgar otro delito.

SECCIÓN TERCERA

La Importancia de la CEH y sus resultados. Categorías de Derecho Internacional: el Derecho Internacional Consuetudinario y el *Jus Cogens*. La incorporación de las categorías internacionales al derecho interno. El artículo 378 del Código Penal (crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.)

1. Introducción

Los peritos en antropología forense son auxiliares de los fiscales en la investigación y según el Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológicas Forenses los fiscales deben ordenarles, como mínimo, la realización de las actividades siguientes:

- A) *La realización de la excavación.*
- B) *La recuperación, descripción, registro y embalaje de todo vestigio que se encuentre en el lugar.*
- C) *El análisis del material óseo incluirá información, como: si son restos humanos, número de personas, identificaciones, posibles causas de muerte, así como conclusiones y recomendaciones.*
- D) *El aporte de todos datos que el perito considere necesarios para la investigación.*
- E) *La entrega del informe pericial.*

Estos datos son valiosos por cuanto les concede a los peritos la posibilidad de aportar los datos básicos de su especialidad a la investigación del Fiscal, y también les da la libertad de investigar todo aquello que le permita la ciencia de la antropología forense, aunque el fiscal no la haya ordenado expresamente. Esta cláusula también propicia la oportunidad que el Fiscal ordene la investigación sobre datos que le interesan, según su estrategia de búsqueda.

Las cifras de delitos cometidos durante el conflicto armado interno que vivió Guatemala y su caracterización fueron recogidas y sistematizadas, primero, por Proyecto el Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI), liderado por la Iglesia Católica y luego por el Informe Memoria del Silencio, realizado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, bajo el mandato de la Organización de Naciones Unidas.

El segundo de los informes indicados se deriva directamente de los acuerdos de Paz, es decir, del proceso de negociación entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) y el Estado de Guatemala. Por esta razón es considerado el “*informe oficial*” sobre lo sucedido durante el conflicto. Los datos que se utilizarán en este manual, provienen exclusivamente del informe de la CEH, lo cual no significa que el informe del REMHI no sea, al igual que el primero, una excelente fuente de información.

2. El mandato de la CEH

Debido a su mandato original, contenido en los Acuerdos de Paz, específicamente en el Acuerdo de Oslo que se refiere a violaciones a los derechos humanos, la CEH centró su mandato en la investigación y determinación de las violaciones, precisamente, de los derechos humanos, los que concibió de la manera siguiente: “*Siguiendo exclusivamente un criterio jurídico con carácter universal, la CEH entiende como violación de los derechos humanos toda acción u omisión realizada por los poderes, órganos, funcionarios o agentes del Estado actuando en el desempeño de sus funciones, mediante la cual sean vulnerados los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco o internacional. También se entienden como violaciones de los derechos humanos las acciones u omisiones, cometidas por particulares, con la colaboración, consentimiento, apoyo, tolerancia o aquiescencia de los poderes, órganos, agentes o funcionarios del Estado, que violen los derechos antes mencionados. Igualmente, cuando se trata de una violación cometida por terceros, aunque originalmente no haya sido de conocimiento del Estado, es de responsabilidad del mismo investigar, juzgar, sancionar, ejecutar la sanción y garantizar la reposición a la situación previa a la violación, o en su caso, la reparación. En el*

supuesto de que esto no ocurra, el Estado responde internacionalmente por la referida violación de los derechos humanos"

Asimismo, reconoció que en un conflicto armado existen dos partes confrontadas que deben ceñirse a una serie de reglas, las reglas de la guerra justa, y si cualquiera de éstas las conculca, comete violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

La CEH no desconoció que el contexto en el que se cometieron actos en contra de la vida, la integridad física o la libertad, era el de un conflicto armado de índole no internacional o conflicto armado interno. Por tanto, para iluminar su trabajo tuvo como marco jurídico los instrumentos internacionales relativos al Derecho Internacional Humanitario, para lo cual incorporó a su mandato tales reglas. Lo justificó así:

“El Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, no exige que el conflicto armado responda a características concretas o que presente un número determinado de operaciones militares o de víctimas. La noción de conflicto armado del Artículo 3 común implica como mínimo la existencia de hostilidades de índole colectiva que enfrenten fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable. En el caso de Guatemala este papel lo cumplieron las fuerzas militares del Gobierno actuando contra unas organizaciones guerrilleras.”¹³

Comentario aparte merece que con esta disposición, la CEH reconocía la necesidad de sacar a la luz las violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los grupos alzados en armas.

Por otro lado, aunque la Comisión no los deslinda de manera particular, incluye delitos de lesa humanidad bajo el acápite del delito de Genocidio; por su redacción, puede entenderse que considera que este tipo de delitos se cometieron durante el conflicto armado. Según la CEH, los delitos de lesa humanidad, por su naturaleza, afectan bienes jurídicos colectivos, lo que excluye *“por su significado, los actos aislados o individuales, pues aunque éstos constituyan crímenes de guerra o infracciones de la legislación penal nacional, no alcanzan la magnitud ni gravedad de un crimen de lesa humanidad.”*

La Comisión de Esclarecimiento Histórico incluye un concepto de delitos de lesa humanidad, que como se verá más adelante, es bastante general, pero, seguramente fue suficiente para fundamentar sus conclusiones. Para dicha Comisión, los delitos de lesa humanidad son: *“los actos sistemáticos o generalizados, sean dirigidos contra una colectividad y no hacia individuos aisladamente considerados. Este es el sentido de la exigencia que el crimen de lesa humanidad tenga como objetivo a cualquier población civil”*.

Como se discutirá párrafos adelante, para que se cometan tales crímenes, los actos además de sistemáticos o generalizados contra cualquier población civil, son cometidos por personas que no formaban parte de los grupos enfrentados, pero que conocían el contexto en el que actuaban. Probablemente, la Comisión los incluyó para no dejar de lado la responsabilidad de aquellas bandas organizadas o personas que con conocimiento del conflicto cometieron graves atentados. También es posible que los haya incluido con la intención de no dejar a desguardo la responsabilidad de los delitos en los que no le fue posible determinar la autoría, pero que fueron gravísimos.

Debido a que el grupo étnico más afectado por los hechos de violencia fue el pueblo maya, la CEH incluyó dentro de su mandato la investigación del delito de genocidio con el fin de tener una calificación clara de los sucesos ya indicados.

La CEH se centra en que el elemento subjetivo del delito de genocidio consiste en la intención de eliminar total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. De esta reflexión se extiende, para justificar su mandato, e indicar que no es necesario que el ataque contra el grupo sea por

¹³ Cf. Comisión de Esclarecimiento Histórico -CEH-. Guatemala: Memoria del Silencio. 1999. TOMO II. Párrafo 1656.

razones, racistas o religiosas, por ejemplo, sino que basta que afecte al grupo de una manera considerable.

3. Las cifras de la CEH

El mandato de la Comisión de Esclarecimiento Histórico se concretó a “*un año a partir de su instalación, prorrogables por seis meses más, si así lo decide la Comisión*”, tiempo en el cual se hace obvia la imposibilidad de recuperar e investigar todos los sucesos acaecidos en 34 años y 10 meses de conflicto. De hecho, la CEH reconoció esa imposibilidad y aceptó que sus resultados eran sólo una muestra de lo sucedido.

En el informe se expresa: “*Combinando los datos de la muestra de casos registrados por la CEH con otros estudios realizados sobre la violencia política en Guatemala, la Comisión estima que el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento armado interno llegó a más de doscientas mil personas*”.

La Comisión recibió un total de 7338 testimonios de declarantes que informaron sobre la ocurrencia de 7517 casos registrados de violaciones de derechos humanos y hechos de violencia vinculados con el enfrentamiento armado en Guatemala.

Los datos recuperados por la Comisión provinieron de distintas fuentes, entre las más importantes más de mil testigos que habían pertenecido al Ejército de Guatemala o ex combatientes, políticos, etc. Por otro lado, en el período investigado pudo detectar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos ascendían a un total de 42,275; de ellas, el 85% identificadas a nivel individual o como miembros de una comunidad específica. Todas estas personas sufrieron una o más violaciones a sus derechos. Del total mencionado se desglosaron 61,648 violaciones a los derechos humanos, esto es, por cada víctima la CEH registró un promedio de 1.5 violaciones de distinta naturaleza.¹⁴

Según la CEH, el 83.3% de las violaciones que registró fueron cometidas contra el pueblo maya; de éstas, el 32% de las víctimas registradas fueron K'iche, seguidos por los Q'eqchi' 13%, los Ixil 11%, los Kaqchikel 10% y los Mam con el 11%.¹⁵

Para este documento, es importante destacar que la CEH atribuye la responsabilidad de todas estas violaciones de la manera siguiente:

“El Ejército de Guatemala fue responsable del 85% de las violaciones registradas por la CEH. Le siguen, en orden de frecuencia, las Patrullas de Autodefensa Civil (18%), los comisionados militares (11%), otras fuerzas de seguridad del Estado (4%) y las organizaciones guerrilleras.”¹⁶

4. El Derecho Internacional Consuetudinario y el Jus Cogens.

La evolución del Derecho Internacional está fuertemente vinculada a la consolidación de los valores éticos que la sociedad civil ha reclamado. Este fenómeno se ha observado especialmente en países del Cono Sur como Argentina, Chile o Uruguay y recientemente Perú. Dadas las similitudes del pasado reciente, en países centroamericanos, como Nicaragua, El Salvador, Honduras o Guatemala, también los movimientos sociales han jugado un papel protagónico. El denominador común en estos países del continente americano es que sufrieron de conflictos internos, dictaduras militares o represión generalizada y que actualmente luchan por transitar hacia la democracia, enfocando como el factor principal para ese tránsito el acceso a la justicia para las víctimas.

¹⁴ Cf. Comisión de Esclarecimiento Histórico -CEH-. Ibid. Párrafo 1747.

¹⁵ Cf. Comisión de Esclarecimiento Histórico -CEH-. Ibid.

¹⁶ Cf. Comisión de Esclarecimiento Histórico -CEH-. Ibid.

Este documento intenta aportar conocimientos mínimos para que los esfuerzos para dar los primeros pasos en el foro nacional, tendentes a la investigación, procesamiento y sanción contra los responsables de los delitos cometidos durante el enfrentamiento armado guatemalteco, cuente con algunas definiciones del Derecho Internacional y luego de la conexión de éste con el derecho nacional.

La primera referencia necesaria debe hacerse sobre dos normas del derecho interno. La primera, contenida en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por el que se ha reconocido preeminencia a los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno. La segunda, contenida en el artículo 149 de ese instrumento legal, por la cual se determina que: “Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos.”

De los instrumentos internacionales, por el momento es importante destacar la Declaración Universal de Derechos humanos, que aunque no es un tratado, su carácter obligatorio no se presta a dudas, por lo menos desde la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 que confirma la obligatoriedad de la Declaración Universal, pues enuncia una concepción común a todos los pueblos de los “*derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.*”

La importancia de la Declaración Universal para este documento es que expresa un conjunto de obligaciones para los Estados con calidad de derecho consuetudinario. La Declaración Universal expresa “*la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho y como los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*”

La segunda norma internacional importante es el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo artículo 38 establece los conceptos más básicos de dos categorías de derechos que se verán más adelante.

Para dicho artículo, el derecho consuetudinario internacional se resume como la costumbre internacional y la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Y el Jus Cogens como los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Tener en cuenta estos antecedentes, en especial, es útil para la posterior discusión sobre la aplicabilidad de tales principios en el seno del Derecho guatemalteco, fundamentalmente en cuanto al sustento que prestan a delitos como los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad o el genocidio.

En este punto, vale la pena aportar a la discusión definiciones mínimas sobre categorías de Derecho Internacional que en todo caso, obligan a los Estados a aplicarlas aunque no se hallen reguladas en su legislación interna, existan en ellas disposiciones en contrario, o se hallen definidas de manera laxa.

4.1. Derecho Internacional Consuetudinario.

Establecer su definición y características resulta importante por cuanto éstas pueden aportar luces sobre la aplicación del derecho nacional referente a las obligaciones internacionales del Estado.

Como ya se apuntó, el artículo 149 de la Constitución preceptúa los principios, reglas y prácticas internacionales, en referencia clara al derecho consuetudinario. Aunque existen muchas definiciones de derecho consuetudinario, resalta la importancia del estudio más reciente sobre esta categoría de derecho que consiste en el “*Estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Una Contribución a la Comprensión y al Respeto del Derecho de los Conflictos Armados*”, realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a petición de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en 1993. En 1995, un grupo de expertos, reunidos a instancias de esa conferencia recomendó que el CICR reuniera a expertos en la materia para realizar un informe sobre las normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicables a los conflictos armados de

orden internacional y no internacional.

Aunque dicho estudio se enfoca en las normas de Derecho Internacional Humanitario, contiene una percepción del derecho consuetudinario en general. Este informe fue publicado en 2005.

El trabajo del CICR mencionado, parte del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que define al derecho consuetudinario como “*una práctica generalmente aceptada como derecho*”. La Corte Internacional de Justicia desarrolló este precepto por medio de la sentencia dictada en el caso llamado Continental Shelf. En esta sentencia determinó dos elementos esenciales de este derecho: 1. La práctica (*usus*) y 2) La *opinio juris*. Es decir, una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la concurrencia de estos dos elementos.

1. La práctica (usus)

Esta, a su vez, debe observarse desde dos diferentes perspectivas: 1.1. La Selección de la Práctica de los Estados; 1.2. Las actuaciones verbales o de palabra; y 2. La evaluación de la práctica estatal.

1.1. Actuaciones verbales.

Las actuaciones verbales incluyen las notas diplomáticas, las leyes, la jurisprudencia y una lista amplia que lleva a concluir que los tres poderes del Estado pueden contribuir a la creación de normas de Derecho Internacional Consuetudinario.

La negociación y aprobación de las resoluciones en conferencias internacionales, junto con las explicaciones de los votos son actuaciones que implican a los Estados y, aunque se reconoce que las resoluciones no son vinculantes, el valor concedido a cada una depende de su contenido, de su grado de aceptación y de la coherencia con la práctica de los estados.

En el Derecho Internacional, las resoluciones de los tribunales internacionales son fuentes subsidiarias. Por ser internacionales, no representan una práctica de los estados, pues no son órganos estatales; sin embargo, el fallo de uno de estos tribunales confirma la existencia de normas de derecho consuetudinario; además, contribuyen a la creación de nuevas normas de derecho consuetudinario, que influyen el comportamiento de los Estados.

2. Evaluación de la práctica de los Estados.

Para determinar si la práctica de los Estados es suficientemente densa como para crear una norma de derecho internacional consuetudinario, ésta debe ser uniforme, extensa y representativa.

Para que la práctica de los Estados cree una norma de derecho internacional consuetudinario que sea “*prácticamente uniforme*”, no es obstáculo que diferentes Estados se comporten de manera sustancialmente distinta. La Corte Internacional de Justicia muestra que una práctica contraria, no impide la formación de una norma de derecho consuetudinario, siempre que esa práctica disidente sea condenada por otros Estados, pues tales condenas confirman de hecho la norma en cuestión.

Para que la práctica estatal sea extensa y representativa, no necesariamente debe ser universal; es suficiente que sea una práctica general, aunque no requiere un número exacto de Estados. La razón es que se mide por un criterio cualitativo y no cuantitativo. Es decir, no es una cuestión de cuántos Estados participen de esa práctica, sino es cuestión de qué Estados sean. La Corte Internacional de Justicia, en el Caso Continental Shelf estableció que la práctica ha de “incluir a los Estados cuyos intereses resulten especialmente afectados.”

Estas consideraciones tienen dos consecuencias: 1. Si están representados todos los Estados “especialmente afectados” no es fundamental para la mayoría de Estados haber participado activamente, pero tienen que haber asentido a la práctica de los Estados “especialmente afectados.” 2. Si los Estados “especialmente afectados” no aceptan la práctica, ésta no puede cristalizar en una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, aun cuando no se requiera que haya unanimidad. Quien está “especialmente afectado”, según el Derecho Internacional Humanitario, variará según las circunstancias. Por lo que atañe a la cuestión de la legalidad, por ejemplo, del uso de las armas láser, que causan ceguera, los Estados “especialmente afectados” incluye a los Estados identificados por su participación en el desarrollo de tales armas, aunque sean otros Estados los que puedan sufrir las consecuencias de su uso. Del mismo modo, en el ámbito de la ayuda humanitaria, los Estados que necesitan esa ayuda o los que suelen prestarla han de ser considerados “especialmente afectados.” En el caso de los países que participan en un conflicto son “especialmente afectados”, cuando su práctica examinada en relación con una norma determinada estaba relacionada con ese conflicto.

Muchos tratadistas piensan que un Estado puede ser un objeto habitual de las normas consuetudinarias, pero no de aquellas de *Jus Cogens*. Otros autores piensan que no puede usarse ya el término de objeto habitual, pues este Estado tiene que haber objetado la norma desde su formación y seguirla objetando posteriormente. Si no lo hizo desde el principio no es posible que sea un objeto habitual.

No existe un requisito de tiempo determinado para que una norma sea de derecho consuetudinario. Es cuestión de acumular una práctica, de suficiente densidad en términos de uniformidad, extensión y representatividad

II. Opinio Juris (convicción jurídica).

Se relaciona con que la norma sea llevada a la práctica del derecho, lo que depende si esa norma contiene una prohibición, una obligación o comportarse de cierta manera. Es difícil distinguir entre la práctica y la *opinio juris* o convicción jurídica. Lo más frecuente es que la misma actuación (acto) contenga tanto una parte de convicción jurídica, como de la práctica. Esto es así porque las actuaciones verbales se consideran prácticas de los Estados.

Con ese panorama, el estudio del CICR ya citado, reconoce la dificultad que existe en deslindar la práctica de la *opinio juris*; sin embargo, le concede un papel muy importante cuando la práctica es ambigua, especialmente en caso de omisiones, pues ante el silencio se puede acudir a la *opinio juris* para determinar si esa práctica corresponde o no al derecho consuetudinario

III. La influencia del derecho convencional sobre el derecho consuetudinario.

Por último, debe dejarse claro que no todas las normas contenidas en los convenios internacionales son derecho consuetudinario, y al revés, que no todo el derecho consuetudinario está contenido en normas convencionales.

Para este manual es importante resaltar, aquellas normas que además de ser inderogables, conforman el más amplio y flexible espectro del derecho consuetudinario. Dos importantes ejemplos de normas de derecho consuetudinario, receptado en convenciones internacionales son el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 63 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Estos artículos muestran cómo se ha incorporado al derecho convencional la obligación de los Estados de privilegiar la vigencia de aquellos derechos que la conciencia universal ha considerado inderogables e imprescriptibles, por encima de otras convenciones internacionales y del derecho interno.

El párrafo 1º. del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, establece la garantía clásica del principio de legalidad, por el que ninguna persona puede ser perseguida ni juzgada penalmente si no es

por actos previstos con anterioridad por la ley nacional o internacional. Sin embargo, el segundo párrafo de ese artículo hace una excepción a esa norma en cuanto que establece que nada puede oponerse al juicio o condena de una persona que haya violado normas de derecho internacional consideradas inderogables o de *Jus Cogens*.

En otras palabras, si una conducta ya constituía delito según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, no importa que tales conductas no hayan estado previstas en la legislación interna al momento de su comisión para que los Estados tengan la obligación de procesarlos.

El segundo ejemplo de los arriba mencionados se refiere a la vigencia de de los principios de derecho internacional, en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, si una de las partes denuncia su pertenencia a una norma o a un convenio relacionado con esta categoría de derecho. El artículo 63, común a los cuatro convenios, en sus partes relevantes establece:

“...la denuncia notificada cuando la Potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se haya concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio.

La denuncia sólo será válida para con la Potencia denunciante. No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.”

El 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, habla de “*los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”, mientras el artículo 63 del Convenio I establece la vigencia inderogable de *los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*, que en todo caso, son conceptos equiparables del *Jus Cogens*, cuya inclusión en las normas escritas refleja la intención de la comunidad internacional o de la humanidad en general, de obligar a los Estados que respeten su perdurable vigencia.

En resumen, el derecho consuetudinario internacional, por una parte mantiene la vigencia por medio de la costumbre, de los valores más preciados por el derecho internacional, y es una garantía para que otras normas de derecho internacional o interno no sean un obstáculo para la búsqueda de la justicia de los crímenes más graves, crímenes que ofenden la conciencia de la humanidad.

Como corolario de esta parte, resta aclarar para qué sirve que exista un Derecho Consuetudinario Internacional o usos y costumbres de las naciones civilizadas, si de cualquier manera esa costumbre se positiviza en convenios y convenciones internacionales que obligan a los estados que las suscriben. La respuesta la presta el Abogado argentino Rodolfo Mattarollo:

“En la situación actual del derecho internacional, en que la codificación ha avanzado considerablemente, la importancia de identificar las normas del Derecho Internacional Consuetudinario deriva de que dichas normas son vinculantes incluso para los Estados que no son parte en el instrumento convencional que las recepta. En tal caso, lo que obliga a esos Estados, por supuesto, no es la norma convencional, sino la norma consuetudinaria.”¹⁷

¹⁷ Cf. Mattarollo, Rodolfo, "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", Impunidad, crimen de lesa humanidad y desaparición forzada, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, No. 62-63, Ginebra, julio de 2001.5

De esta manera, el derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general aceptada como derecho. Para la comunidad internacional, la fuente de esa práctica pueden ser los convenios internacionales, la práctica y la *opinio juris*. En el marco del derecho humanitario pueden hallarse en manuales militares. También esas prácticas pueden confirmarse en legislaciones nacionales y en la jurisprudencia nacional e internacional.

4.2. El Jus Cogens.

Para este punto, se parte nuevamente del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que define a *Jus Cogens* como “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

Hasta aquí ya se ha vislumbrando qué es el *Jus Cogens*. Sobre su significado hay una serie de posiciones incluso encontradas. En cuanto a este tema vale la pena recordar, que desde el Derecho Romano, el Derecho de Gentes (*Jus Gentium*) protegió los derechos básicos de las personas, incluidos los esclavos. No es el propósito de este manual hacer un recuento histórico de esta categoría del derecho. Ni siquiera cabe reparar en una época tan importante para la evolución del derecho como la tendencia iluminista de los siglos XVII y XVIII, pues los antecedentes que centran esta discusión, apenas se remontan a la segunda mitad del Siglo XX, como consecuencia de la tragedia humana que significó la Segunda Guerra Mundial.

En el informe la Comisión de Derecho Internacional de 1953, citada por Alberto Luis Zuppi¹⁸ estimaba que la ilicitud de un tratado sería evaluada por medio de su compatibilidad con ciertos principios absolutos del derecho internacional, constitutivos de un orden público internacional. Como ya se dijo anteriormente, sobre las bases sentadas del *Jus Gentium* del Derecho Romano y otros antecedentes más cercanos sobre los cuales ya se ha insistido.

En el marco de su evolución, un concepto más acabado de derecho obligatorio o imperativo para todos los estados o *Jus Cogens* se halla en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de mayo de 1969.

“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (‘Jus Cogens’). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Con ese concepto básico vale la pena regresar algunos párrafos y aclarar que no todas las normas de Derecho Internacional Consuetudinario contienen normas imperativas. Lo cierto es que hay normas que no admiten dudas en cuanto a su categoría de *Jus Cogens*, por ejemplo, la protección del derecho a la vida, la indemnidad personal o la libertad, entre otras.

Para los efectos de este estudio, se insiste que las normas de *Jus Cogens* han cobrado tal relevancia que el artículo 53 del tratado de Viena se puede leer en el sentido que si un Estado no puede ratificar un tratado que sea contrario a alguna norma de *Jus Cogens*, por ejemplo la vida, tampoco podría formular reservas o denunciar tratados que incluyen normas de *Jus Cogens*, por tanto, tampoco puede crear normas internas que se le opongan, derogar normas que lo garantizan, ni privilegiar garantías de derecho

¹⁸ Cf. Zuppi, Alberto Luis. La Jurisdicción Universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional. Publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Número 9 (1999) C. XIV, 371-396. Argentina (1999). Zuppi, A. L., "La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-hoc, Buenos Aires, No. 9, p. 402.

interno sobre principios del derecho internacional de carácter inderogable.

Mattarollo¹⁹, citando a Cheriff Bassiouni, indica que como consecuencia del *Jus Cogens*, los Estados están obligados a:

1. Procesar o extraditar a los infractores de esas normas (*aut dedere, aut judicare*).
2. A aceptar la imprescriptibilidad de los delitos cometidos en contravención del *Jus Cogens*.
3. La exclusión de toda inmunidad, comprendida la de los Jefes de Estado.
4. La improcedencia del argumento de la “obediencia debida” (salvo como circunstancia atenuante).
5. La aplicación universal de estas obligaciones en tiempo de paz y en tiempo de guerra.
6. Su no derogación bajo los “estados de excepción”.
7. Establecer o aceptar la jurisdicción universal.

A estas se puede agregar que del nivel interno, se deriva la obligación para los Estados de incorporar a las legislaciones los tipos penales de las conductas relativas a delitos internacionales.

4.3. Recepción e incorporación del Derecho Internacional Consuetudinario y del *Jus Cogens* al derecho nacional.

Guatemala no es ajena a todo este desarrollo normativo y jurisprudencial, ya que en 1943 suscribió la Declaración de Naciones Unidas; apenas dos años después hizo lo mismo con la Carta de Naciones Unidas y con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Todo este conjunto normativo implica que el Estado formó parte del nacimiento de la base legal de los tribunales de Nüremberg y Tokio, que suponen las primeras muestras de la intención de sancionar estos delitos.

Según Miguel Ángel Urbina: “*El punto de partida para considerar las categorías del derecho penal internacional receptadas e incorporadas al sistema jurídico nacional, se da con la participación de Guatemala en el contexto internacional como uno de los países generadores y fundadores del sistema jurídico imperante, al menos, a partir de la Segunda Guerra Mundial*”.²⁰

En la línea del mismo autor, el fundamento de los tribunales de Nüremberg y Tokio, que incorporan los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, está basado en las declaraciones previas de la ONU, de las cuales, Guatemala fue uno de los 26 países suscriptores en 1943. Entre ellas la Declaración de Naciones Unidas, que fue el antecedente la “Carta de Naciones Unidas” firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, que junto con la aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y otras declaraciones importantes, fueron aprobadas mediante decreto 174 del Congreso de la República, el 11 de octubre de 1945.

Además, es importante destacar que a nivel universal, la Resolución No. 95 (I) dio paso a los tribunales de Nüremberg y Tokio sobre la base de las declaraciones previas de las Naciones Unidas, por la cual la Asamblea General *confirmara* “...los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y las sentencias de dicho Tribunal”, resolución que constituye la base del desarrollo normativo y jurisprudencial de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, hasta la adopción del Estatuto de Roma, según lo indica Urbina. El contenido completo de esa resolución es el siguiente:

95 (I) Confirmación de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nüremberg. La Asamblea General, reconoce la obligación que tiene, de acuerdo al inciso (a)

¹⁹ Cf. Mattarollo, Rodolfo, Ob. Cit.

²⁰ Cf. Izpanel, Patricia y Urbina, Miguel Ángel. Ob. Cit. 49.

párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación. Toma nota del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente, promulgado en Tokio el 19 de enero de 1946. Por tanto: Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y las sentencias de dicho Tribunal: Da instrucciones al Comité de Codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de uno (sic) Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en las sentencias de dicho Tribunal. Quincuagésima reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946

El delito de Genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, han sido incorporados al sistema jurídico nacional mediante la adopción de normas de carácter consuetudinario internacional que fueron desarrolladas a partir de los instrumentos constitutivos de los tribunales de Nüremberg, legitimados por las declaraciones de las Naciones Unidas relativas a la intención de juzgar a los criminales de guerra. De tal manera que la fuente primaria de estos crímenes de derecho internacional puede encontrarse en los tratados internacionales o en el derecho internacional general o consuetudinario, tradicionalmente llamado por la doctrina nacional, “derecho de gentes”.

Tanto el reconocimiento del derecho internacional consuetudinario, como del *Jus Cogens* se pueden advertir por la incorporación de distintas convenciones en materia de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario. La adopción de tales normas no ha perdido vigencia en el país; incluso, durante el conflicto, tales normas permanecían vigentes en Guatemala, el derecho consuetudinario por su calidad de “costumbre internacional”, y el *Jus Cogens*, por su carácter de inderogable. Sin embargo, ambas tendencias estaban vigentes en Guatemala, incluso durante los 34 años y 10 meses que duró el conflicto, por medio de normas nacionales.

El ejemplo más claro que confirma esta afirmación se halla en el texto del Estatuto Fundamental de Gobierno que rigió entre 1982 y 1986. El artículo 7 de ese cuerpo legal de facto establecía que Guatemala, “*como parte de la Comunidad Internacional, cumplirá fielmente sus obligaciones internacionales, sujetándose en sus relaciones con los demás Estados a... los tratados internacionales y a las normas del Derecho Internacional aceptadas por Guatemala*”.

El sentido de la norma anterior se mantiene en la Constitución actual. El artículo 149 de la Carta Magna establece que “*Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados*”.

4.4. El Derecho Internacional Humanitario, los Crímenes de Guerra y los delitos de lesa humanidad, Delitos contra los Deberes de Humanidad. El artículo 378 del Código Penal.

4.4.1. Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de Guerra.

El Derecho Internacional Humanitario regula el comportamiento de dos partes confrontadas en guerra o en un conflicto armado interno; por tanto, para que las conductas contenidas en estos instrumentos se caractericen como crímenes de guerra, es necesario que se den en un contexto de conflicto de orden internacional o interno y que los actos se encuentren íntimamente relacionados con él.

Guatemala aprobó los Convenios de Ginebra por Decreto 0881 de fecha 16 de abril de 1952, publicado el 1 de septiembre de 1952, ratificados por el Ejecutivo el 14 de mayo de 1952. Estos son: 1. Trato a prisioneros de guerra 2. Protección a personas civiles en tiempo de guerra 3. Para mejorar la suerte de los enfermos y heridos de las fuerzas armadas en campaña 4. Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

El concepto de crímenes de guerra se deriva de las reglas que intentan humanizar las confrontaciones bélicas. Están contenidas en los Convenios de Ginebra, que incluyen cláusulas que extienden su manto de protección a los conflictos armados de carácter no internacional como el de Guatemala.

Con esta ratificación, Guatemala recibió e incorporó a la legislación nacional las reglas relativas a conflictos armados de orden internacional y de carácter no internacional o interno y con ellas, la obligación de perseguir, juzgar y sancionar, en su caso de extraditar y *“tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio... Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.”*²¹

El Estado de Guatemala cumplió con la obligación de incorporar a su legislación las normas de carácter penal por medio del Decreto del Congreso 17-73, publicado el 30 de agosto de 1973 como Código Penal; en éste se incorporan definitivamente las conductas relativas al delito de genocidio, los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad.

La historia de la regulación de los crímenes de guerra se remonta a la segunda mitad del Siglo XX. Su codificación más importante se halla en los convenios de La Haya (1907) y los Convenios de Ginebra (1949), junto con sus protocolos adicionales de 1977. Su regulación se ha visto ampliada y matizada por los estatutos que establecieron los tribunales para Nüremberg y Tokio (1945), pasando por los estatutos para los tribunales de la antigua Yugoslavia, Ruanda, y Sierra Leona hasta llegar al Estatuto de Roma, que fundamenta al Tribunal Penal Internacional. Guatemala es parte de todos estos tratados, a excepción del Estatuto de Roma que está pendiente de su aprobación por el Congreso.

4.4.2. Evolución de los delitos de lesa humanidad y su incorporación al Derecho Nacional.

Se derivan de la necesidad de procesar y castigar a los nazis que cometieron delitos en contra de sus propios nacionales y contra población civil de los países que ocuparon, pues este tipo de actos no se tipificaban estrictamente como crímenes de guerra.

Por esa razón, las potencias aliadas, en octubre de 1943, suscribieron la Declaración de Moscú por la que, en caso se alzaran con la victoria, juzgarían a los criminales alemanes. Se pactó que los acusados de crímenes mayores serían juzgados por un tribunal internacional, y a los autores de delitos menos graves, juzgados por los sistemas nacionales de los estados donde habían ocurrido los hechos.

Cuando se consumó la victoria aliada, el 8 de agosto de 1945, cuatro de las potencias enfrentadas contra Alemania: Estados Unidos, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas firmaron el Acuerdo de Londres al que, según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *“se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo”*.

²¹ Cf. Artículo 49 del Convenio I. Artículo 50 del Convenio II. Artículo 129 del Convenio III. Artículo 146 del Convenio IV.

Con el fin de investigar, procesar y sancionar estos actos, se llegó al establecimiento de los delitos de lesa humanidad. Sin embargo, en esa ocasión, no se les dotó de autonomía, ya que el Estatuto para el Tribunal de Nüremberg no estableció una distinción entre éstos y los crímenes de guerra. Por lo que los delitos de lesa humanidad quedaron como una extensión de los primeros y sólo podían ser cometidos en tiempo de guerra o en conexión con ella.

El artículo 6.C del Estatuto de Nüremberg, definía a los delitos de lesa humanidad de la manera siguiente:

“el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cuando hubiesen sido cometidas en ejecución o en conexión con un crimen de la competencia del tribunal, hayan o no constituido una violación del derecho interno del país en el que se perpetraron”.

El último párrafo de ese artículo, establecía que los partícipes en tales delitos (autores, instigadores o cómplices) que tomaron parte en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o de un complot para cometerlos, eran responsables de todos los actos *“cumplidos por las personas que ejecutasen el plan”*. Debido a la redacción, del inciso C del artículo 6, (arriba transcrito) *“otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles antes o durante la guerra... cuando hubiesen sido cometidas en ejecución o en conexión con un crimen de la competencia del tribunal.”* El Tribunal interpretó que sólo podía conocer de casos en que los actos de esta naturaleza, perpetrados antes de la guerra, comportasen la ejecución de un complot o plan concertado con miras a desatar o conducir una guerra de agresión o al menos que se vinculasen a ella. Ante la falta de prueba en tal sentido, el Tribunal estableció que las persecuciones anteriores al 1 de septiembre 1939 no podían constituir delitos de lesa humanidad sino estaban vinculados con los crímenes de guerra.

Sin embargo, muy poco después, el Consejo de Control Aliado para Alemania, incorporó a su mandato la Ley No. 10 para el enjuiciamiento de las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad, que en el artículo II establecía como delito de lesa humanidad a las *“atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraron”*

Su formulación aquí, incluye la posibilidad de que los hechos que constituyen estos crímenes sean cometidos durante un conflicto armado internacional o interno, e incluso, en tiempos de paz.

Luego de largos períodos de discusiones de las comisiones de expertos en derecho penal internacional, con el auspicio de Naciones Unidas, en 1992 se repitió la fórmula usada por el Estatuto de Nüremberg y la Ley 10, con algunas variaciones y ampliaciones, en el estatuto creado para el tribunal *ad hoc* en el que se han juzgado a los violadores de los derechos humanos del conflicto de los territorios de la ex Yugoslavia, luego de Ruanda y, posteriormente, se listaron en el Estatuto de Roma, instrumento legal de la Corte Penal Internacional que incluye los delitos siguientes:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes. Cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*

- d) *Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;*
- h) *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) *Desaparición forzada de personas;*
- j) *El crimen de apartheid;*
- k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”*

Como se ve, en el ámbito del derecho internacional, las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, han mantenido una línea sólida y continua desde el Estatuto de Nüremberg hasta el Estatuto de Roma.

En este punto, vale la pena recordar los antecedentes más importantes sobre la incorporación de los delitos de lesa humanidad al derecho internacional:

- 1 1868 Declaración de San Petesburgo por la que se prohibía el uso de cierto tipo de balas explosivas y expansivas en tanto que “contrario a las leyes de la humanidad”;
- 2 1899 y 1907 La cláusula Martens fue incorporada a las Convenciones de la Haya. La Cláusula Martens proviene de la Declaración de San Petersburgo de 1868 relativa a la conducción de las hostilidades. La Cláusula Martens establece que *“en los casos no previstos en las Regulaciones adoptadas por las Altas Partes contratantes, éstas declaran que las poblaciones civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.”*
- 3 1915 Declaración formulada por Francia, Gran Bretaña y Rusia por la que denunciaban la matanza de armenios perpetrada en Turquía como “crímenes contra la humanidad” por la que los miembros del Gobierno Turco junto con los implicados en ella se considerarían responsables.
- 4 1919 Informe de la Comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial.
- 5 1948 Bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, se adoptó la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio, la que en el art. I indica que *“el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional”*.
- 6 1970 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. De esta convención es importante resaltar, que aunque Guatemala no sea parte, ya había incorporado los conceptos principales de este instrumento con el hecho de ser parte, o haber ratificado algunas de las convenciones que en el inciso b del artículo 1, que señala: *“Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de*

genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.”

- 7 1973 En idénticos términos se califica en la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, a las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial.

Guatemala fue parte y participó en el proceso posterior a la Segunda Guerra Mundial. De hecho, como ya se señaló, suscribió y ratificó los convenios internacionales más importantes relativos al establecimiento del Tribunal de Nüremberg y avaló sus sentencias.

Al igual que el delito de genocidio y los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad se incorporaron a la legislación penal nacional por medio del Decreto 17-73, publicado el 30 de agosto de 1973 del Congreso. El delito de genocidio, quedó contenido en el artículo 376 y los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, fueron incorporados conjuntamente en el artículo 378 del Código Penal.

4.4.3. Aplicabilidad del artículo 378 del Código Penal.

Como se señaló en párrafos anteriores, el artículo 378 del Código Penal incorpora crímenes de Guerra al hacer referencia a leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, atentados contra hospitales o lugares destinados a heridos, remitiendo así esa norma a los Convenios de Ginebra.

En lo que se refiere a los delitos de lesa humanidad, ese artículo los incorpora estableciendo la prohibición de cometer cualquier acto inhumano contra población civil, remitiéndose con ello al artículo 6.C del Estatuto para el Tribunal de Nüremberg y el artículo II de la Ley No. 10 para el enjuiciamiento de las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad del Consejo de Control Aliado para Alemania, que incluye como actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, entre otras, las siguientes conductas: el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones, las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, que como se verá constituyen las conductas típicas relativas a los delitos de lesa humanidad en el Código Penal de Guatemala.

Para hallar los supuestos de hecho de las normas incorporadas al artículo en discusión, hay que buscarlas en instrumentos legales distintos al Código Penal. Por esta razón se ha dicho que el artículo 378 del Código Penal posee el formato de una norma penal incompleta, con lo que se ha argumentado que se pone en riesgo el principio de legalidad. Según Miguel Urbina y Patricia Ispanel²², esto se debe a que la legislación nacional recogió las conductas tipificadas por el Derecho Internacional Consuetudinario y convencional y por ello es necesaria una remisión a esas normas.

Aquí debe recordarse que una norma penal está estructurada por dos elementos, la descripción de la conducta (el supuesto de hecho del delito) y su consecuencia (la pena o sanción). De esta manera, una ley penal completa sería aquella que describe de manera concreta la conducta delictiva e inmediatamente la pena que le corresponde. En contraposición, una norma penal incompleta es aquella “*que sólo tiene sentido como complemento o aclaración del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una norma penal completa*”.²³

²² Cf. Urbina, Miguel Ángel. *La Sexual Durante el Conflicto Armado Interno*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. 2005. Inédito. Pág. 28.

²³ Cf. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 4a. Edición. Tirant lo Blanch. 2000. Pág. 37.

Francisco Muñoz Conde²⁴, indica que el fundamento de este tipo de normas no es sustantivo, sino una “*mera razón de técnica y economía legislativa.*” Según él, el legislador no tiene por qué ir repitiendo en cada norma penal elementos que son comunes a varias normas. Por ejemplo, sería ocioso repetir en cada artículo del Código que los menores de edad son inimputables.

Como consecuencia del desarrollo de la garantía del principio de legalidad, se ha establecido un principio, podría decirse “más fino”, llamado principio de taxatividad o certeza, por el que se prohíbe absolutamente cualquier imputación que no sea exacta o perfectamente determinada. El problema que acarrea un principio como este, es que si se aplicara estrictamente, no se podría hallar algún Código Penal tan casuístico para responder a esa exigencia.

En resumen, el artículo 378 es una norma penal incompleta, que por razones de técnica legislativa, remite a normas internacionales de carácter inderogable o de *Jus Cogens*, en donde se hallan sus presupuestos de hecho. Podría argumentarse que por su indeterminación lesiona el principio de legalidad; sin embargo, contra ello se puede replicar, primero con lo ya anotado, que se trata de una mera técnica legislativa; en segundo lugar, que por tratarse de normas internacionales de carácter inderogable más allá de las obligaciones internacionales que adquieren los estados por éstas, el principio de legalidad, en el contexto de una garantía mayor como es el debido proceso, adquiere una dimensión extra que es la protección del acceso a la justicia de las víctimas.

En esa línea, debe recordarse que Guatemala aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según Decreto del Congreso de fecha 19 de febrero de 1992, publicado el 21 de febrero de 1992. El artículo 15 de dicho Pacto contiene las previsiones clásicas del principio de legalidad penal por el que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*”.

Sin embargo, el inciso segundo de ese mismo artículo se sale de la fórmula conocida y agrega la necesidad de juzgar los delitos graves. Ese inciso establece “*que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

En otras palabras, si una conducta ya constituía delito según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, no importa que tales conductas no hayan estado previstas en la legislación interna al momento de su comisión para que los Estados tengan la obligación de procesarlos. Como se ve, la función del Derecho Internacional Consuetudinario es garantizar la vigencia de los derechos considerados *Jus Cogens*.

El artículo comentado impone una obligación que va más allá del mero derecho interno. Para el Derecho Penal es dogma el que el principio de legalidad constituya una norma fundamental del derecho penal garantista. En efecto, la norma penal interna es, a criterio de Rodolfo Mattarollo²⁵, “*la tutela de los derechos individuales frente a la arbitrariedad estatal.*” Esta norma lo que protege, según el mismo autor, es “*la metagarantía del debido proceso como principio de la protección de la libertad individual... del encausado... y la lealtad del proceso penal que se expresa en la necesidad de conocimiento previo de las conductas que constituyen ilícitos penales.*”

Sin embargo, en lo que se refiere a los delitos que contravienen la conciencia universal, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, el genocidio, la tortura, etcétera, cometidas de manera generalizada o sistemática y que según Mattarollo “*casi siempre se cometen a través de un aparato organizado de poder*”, el principio de legalidad además de ser una garantía del debido proceso

²⁴ Cf. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Ob. Cit. 2000. Pág. 39.

²⁵ Cf. Mattarollo, Rodolfo, Ob. Cit.

para el imputado significa también “...el derecho a la jurisdicción, a la seguridad y a la dignidad para las víctimas, la sociedad en su conjunto, e incluso para la sociedad internacional”.²⁶

Para Mattarollo, buscar el equilibrio entre el derecho a la justicia para las víctimas de delitos tan graves que ofenden la conciencia de la humanidad y el valor de la libertad individual de los acusados de esos delitos, halla su razón en que la dignidad humana es protegida frente al poder de “*quienes generalmente han realizado de manera deliberada y consciente un ejercicio criminal de la soberanía estatal en la perpetración de sus crímenes*”.²⁷

Otra razón para la aplicabilidad del artículo 378 del Código Penal es la existencia de lo que puede denominarse una política criminal universal, por la cual se privilegia la persecución, juicio y sanción de los delitos de trascendencia para la comunidad internacional. Sin entrar a discutir cuáles son las fuerzas políticas que se opondrían o las que favorecerían la inclusión, el respeto y la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, en un país, si es un hecho que en distintas épocas y bajo el gobierno de distintas tendencias políticas se han incorporado normas internacionales o formulado normas de derecho penal que apuntan a la represión de los crímenes graves según el derecho internacional. En palabras de Claudia Paz:

*“Es así como el derecho penal sustantivo define, por una parte, el fenómeno criminal, o sea, qué conductas son consideradas delictivas y, por otra, las respuestas al fenómeno criminal: si la consecuencia de una conducta será una pena privativa de libertad, una pena privativa de derechos, una multa o la pena capital”.*²⁸

Como ya se estableció, Guatemala ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mayo de 1969. De ella es importante insistir que el artículo 53 impone a todos los Estados abstenerse formar parte de otros tratados que estén en oposición a cualquier norma imperativa de derecho internacional general o *Jus Cogens*, que según el texto de ese artículo son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario y que sólo se puede derogar por otra de derecho internacional que tenga el mismo carácter.

Una consecuencia directa de esta norma es que los Estados, si no pueden suscribir convenios en oposición a las normas de *Jus Cogens*, tampoco pueden legislar en contra de ellas. En ese sentido, la Convención de Viena en el artículo 27 dispone que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Sin embargo, no puede pensarse que en la aceptación del *Jus Cogens* por simple omisión, no legislar en su contra, sino también debe interpretarse que hay una obligación positiva de incluir este tipo de normas en las legislaciones internas. En esa línea, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y los Convenios de Ginebra incorporan cláusulas que contienen tal obligación. La primera de ellas establece en el artículo V el compromiso de los Estados a tomar las medidas legislativas para asegurar la aplicación de esa convención y establecer sanciones penales para castigar a las personas culpables de ese delito. El artículo 49 del Convenio I de Ginebra, casi en los mismos términos impone esta obligación. Debe observarse que en ambos casos los Estados tienen el compromiso de juzgar, pero si no lo hacen, de extraditar a los presuntos responsables.

En este punto es importante destacar algunas normas nacionales que contribuyen a la interpretación y aplicación del artículo 378 del Código Penal. En primer lugar, a nivel constitucional debe mencionarse que el artículo 149 refleja la voluntad del Estado de normar sus relaciones internacionales de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales a fin de contribuir al mantenimiento de

²⁶ Cf. Mattarollo, Rodolfo, Ibid.

²⁷ Cf. Mattarollo, Rodolfo, Ibid.

²⁸ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. La protección penal de los pueblos. Especial consideración del delito de genocidio”. Universidad de Salamanca. 2006.

la paz, la libertad y al respeto de los derechos humanos. Además, ya se ha mencionado que el artículo 46 de la Constitución privilegia los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, en materia de derechos humanos sobre el derecho interno. Por su parte, el artículo 44 extiende el imperio de los derechos y garantías constitucionales a otros derechos que aunque no figuren en ella son inherentes a la persona humana.

No es difícil, entonces afirmar, que en los tres artículos indicados se hace patente la disposición de los constituyentes, no sólo de receptor e incorporar por esa vía los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino de incluirlos en la legislación ordinaria y aplicarlos.

En segundo lugar, a nivel más específico, el instrumento de interpretación básico del artículo tantas veces mencionado, se halla en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial por el que la interpretación de las normas debe atenerse a *la finalidad y espíritu de la misma; a la historia fidedigna de su institución; a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.*”

Otra muestra que la tendencia político criminal universal establecida en los instrumentos internacionales, se refleja en el inciso 5°. Del artículo 5 del Código Penal que establece que las normas de ese Código se aplicarán por delitos aunque no se hayan cometido en el territorio nacional, cuando así lo establezca un tratado o convención, que se entiende, debe ser de origen internacional.

Las jurisdicciones nacionales se basan por el principio de jurisdicción territorial por la cual existe competencia para aplicar las normas nacionales dentro de su territorio. Por el principio de jurisdicción pasiva, cuando el imputado es nacional pero cometió delitos en otro territorio. Por el principio de jurisdicción activa, cuando el delito se cometió fuera del territorio nacional contra un ciudadano de ese país. O por el principio de intereses nacionales, políticos o estratégicos del país. Como se ve, en todos los casos hay una vinculación con el Estado con el que se arroga la jurisdicción para conocer de los casos. Sin embargo, la cláusula del inciso 5° del artículo indicado, es una clásica previsión de la jurisdicción universal por la que la comunidad internacional intenta que no queden sin sanción delitos tan graves que ofenden a la humanidad a su conjunto.

A nivel de los fallos que constituyen la jurisprudencia constitucional guatemalteca, se halla el reconocimiento expreso de la Corte de Constitucionalidad en la sentencia del 28 de junio de 2001, dentro del expediente 872-00, en la que dispone: *“En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el ius cogens, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización.”*

Por último, no puede dejarse de lado en este documento que esta tendencia político criminal universal ha sido seguida por el Ministerio Público de Guatemala, en primer lugar con la elaboración del Manual de Procedimientos para Investigaciones Antropológico-Forenses en Guatemala y su Instrucción General, por los cuales, además de establecer la forma correcta de tramitar las investigaciones antropológico-forenses, se instruye a los fiscales sobre la continuación de la investigación en caso que de las investigaciones se deduzca la comisión de un delito. El inciso 7 de esa instrucción señala:

“Continuidad de la Investigación. Cuando de los peritajes resultare que las muertes se han producido por la comisión de un delito o existan indicios de criminalidad, el Ministerio Público a través de los fiscales encartados de los casos respectivos, deberá continuar con la investigación de oficio a efecto de perseguir penalmente a los responsables del hecho.”

Se insiste, al menos en el plano legal, que Guatemala ha sido coherente con la tendencia internacional de incorporar a las normas del derecho interno, los principios y normas de derecho universalmente aceptadas y de carácter inderogable.

SECCIÓN CUARTA

Los tipos penales: Crímenes de Guerra, delitos de Lesa Humanidad y Genocidio.

1. Tipología de Crímenes de Guerra.

1.1. Elementos de este tipo de delitos.

1.1.1. Elemento circunstancial, el contexto.

Los crímenes de guerra se cometen en el contexto de un enfrentamiento armado, ya sea de carácter internacional (dos países enfrentados) o de un conflicto armado interno. Sólo en ese contexto pueden cometerse.

1.1.2. Tipo Objetivo

1.1.2.1. Acción.

Las acciones relativas a los delitos que se cometen en el marco de los conflictos de orden no internacional o interno, como el caso de Guatemala, están listadas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. En principio, se incluye la lista relativa a ese tipo de conflictos, dado que las investigaciones que realizan el Ministerio Público y la Fundación de Antropología Forense de Guatemala están referidas al conflicto interno que se libró en nuestro país. La lista es la siguiente:

- a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) La toma de rehenes;
- c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Como referencia, se suma a la lista anterior la enumeración que el Estatuto de la Corte Penal Internacional hace de los delitos que se cometen en el contexto de conflictos armados de orden interno. El inciso e, del artículo 8 del mencionado instrumento internacional, establece como otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, cualquiera de los actos siguientes:

- a) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal, o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- b) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional;
- c) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;
- d) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

- e) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- f) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
- g) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
- h) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
- i) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;
- j) Declarar que no se dará cuartel;
- k) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- l) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

1.1.2.2. Modalidad.

Sólo puede comentarse que sería poco probable que las acciones que se enmarcan en un conflicto armado se cometieran en la modalidad de omisión.

1.1.2.3. Medios.

Materiales y los adecuados para enfrentar a un enemigo en un contexto de guerra.

1.1.2.4. Resultado.

La muerte, mutilaciones, la tortura, los suplicios, etcétera.

1.1.3. Sujetos.

Por tratarse de los actores de un conflicto, los sujetos, tanto activo como pasivo de la acción, son las partes enfrentadas. Se intercambian dependiendo cual de las dos sea la agresora y la agredida. También puede ser sujeto pasivo la población civil. Este último concepto se aclara a continuación.

1.1.3.1. La protección de los sujetos pasivos. Sujeto pasivo.

Las reglas de guerra protegen, en primer lugar, a aquellas personas que han formado parte directa en las hostilidades, pero que por alguna razón se hallan fuera de combate. En general, son prisioneros de guerra, combatientes desarmados, enfermos, que han presentado su rendición, etcétera.

En segundo lugar, protegen a personas que forman parte de la población civil no combatiente. Los

Convenios de Ginebra no contienen una definición de población civil no combatiente. Contienen una definición de combatiente, por lo que “*población civil no combatiente*” debe establecerse en contraposición de lo que es un combatiente. Es decir, es una definición negativa.

El protocolo I, artículo 43, define fuerzas armadas así:

Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas grupos y unidades armadas y organizadas, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aún cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocida por una parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir las normas de derecho internacional en los conflictos armados.

El artículo 44 (3) establece quiénes son combatientes y prisioneros de guerra.

Con el objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria y un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal manera que en esas circunstancias lleve sus armas abiertamente: a) durante todo el enfrentamiento militar; b) durante el tiempo que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte de un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en que el va a participar.

Como se ve, esta previsión tiene como fin establecer la obligación de los combatientes de una y otra parte en conflicto, de portar distintivos que los diferencien de la población civil que no interviene en las hostilidades.

La obligación de distinguirse se extiende antes, durante y después que se lleva a cabo una operación militar. El problema más difícil que plantea este artículo, es la confusión entre combatientes y población civil, cuando éstos están mezclados. Aunque este artículo propone que para distinguirlos el combatiente debe portar sus armas abiertamente; la realidad de las guerras ha mostrado que una de las estrategias, especialmente de las milicias nacionales y de las guerrillas latinoamericanas es, precisamente, prescindir de las armas y de cualquier distintivo para evadir la acción de contendientes más numerosos.

1.1.4. Elemento Subjetivo

El dolo o intención de cometer este delito se halla en el mismo artículo 8 del Estatuto de Roma que establece que el dolo se existe cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Esto es cuando tales actos se cometen sin respetar las reglas de la guerra justa.

1.1.5. Exhumaciones en centros militares

Por la claridad que existe en cuanto a que en los centros militares se cometieron crímenes de guerra, las exhumaciones en centros militares, merecen un apartado especial. (La FAFG ha trabajado en 20 antiguos destacamentos militares, encontrando cementerios clandestinos en 17 de ellos y recuperando más de 500 osamentas).

Un primer punto aclaratorio importante, es insistir aquí que todas aquellas personas desaparecidas durante la etapa que duró el conflicto armado interno guatemalteco, de quienes sus familiares no tienen

noticias, según el documento, “*Los Desaparecidos, el Derecho a Conocer*”²⁹, deben ser reputados como desaparecidos.

2. Delitos de lesa humanidad

2.1. Introducción

El artículo 378 del Código Penal establece:

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

Como ya se estableció párrafos atrás, los delitos de lesa humanidad tienen su origen en el artículo 6.C del Estatuto para el Tribunal de Nüremberg y en el artículo II, Ley No. 10 para el enjuiciamiento de las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad del Consejo de Control Aliado para Alemania. Aunque ya se ha incluido su texto, para facilitar la lectura se transcribe de nuevo:

“el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles antes o durante la guerra; o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos cuando hubiesen sido cometidas en ejecución o en conexión con un crimen de la competencia del tribunal, hayan o no constituido una violación del derecho interno del país en el que se perpetraron”.

2.2. Elemento Circunstancial: el Contexto

En contraposición con los crímenes de guerra, cuyo elemento circunstancial es que las conductas se cometan en un contexto de conflicto armado de carácter internacional o interno, para la comisión de delitos de lesa humanidad no se exige que se cometan en un marco de guerra, sino que pueden cometerse, además en un contexto de paz, si se dan como parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de cualquier población civil.

2.3. Bien Jurídico Tutelado

Al igual que la Comisión de Esclarecimiento Histórico, la doctrina mayoritaria exige un amplio número de víctimas; que las violaciones a bienes jurídicos fundamentales sean generalizadas o sistemáticas, por tanto, protegen bienes jurídicos colectivos.

Otro sector de la doctrina, como Alicia Gil Gil, define los delitos de lesa humanidad como: “*atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático*”.³⁰ Como se ve, se inclina por afirmar que los bienes jurídicos protegidos son individuales.

Ambas teorías parten de la importancia de proteger al individuo como base para la defensa de la colectividad que conforma la población civil, y la defensa de la colectividad como elemento esencial para la protección del individuo. Como Miguel Urbina y Patricia Ispanel señalan, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, sobre el caso Erdemovic: “*los crímenes de lesa humanidad trascienden igualmente al individuo pues cuando se ataca a éste, se ataca y se niega a la humanidad. Así pues, lo que caracteriza esencialmente a los crímenes de lesa humanidad es el*

²⁹ The Missing, the Right to know, es su título original. Es citado en el apartado relativo a las personas desaparecidas.

³⁰ Cf. Gil Gil, Alicia. Derecho Penal Internacional. Tecnos, 1999. Pág. 151.

concepto de la humanidad como víctima".³¹

2.4. Acción

En principio, se reputan como acciones para este tipo de delitos los actos contenidos en el artículo 378 del Código Penal, *cometiere cualquier acto inhumano contra población civil*, norma que, como se dijo, tiene su fuente en el artículo 6.C del Estatuto para el Tribunal de Nüremberg y en el artículo II de la ley 10 del Consejo de Control Aliado, *actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil*. El artículo de la ley nacional se entiende que se refiere a que las acciones contenidas en tales artículos y pueden ser uno o varios actos, necesariamente inhumanos.

2.5. Sujeto Pasivo

Una vez determinado cuál es el bien jurídico tutelado de los delitos de lesa humanidad, puede deducirse que los sujetos pasivos pueden ser personas individualmente consideradas si el ataque del que son víctimas se halla en el contexto de un ataque generalizado o sistemático y si forman parte de la población civil.

Asimismo, que de acuerdo a la redacción de las dos normas internacionales citadas *actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil*, como del artículo 378 del Código Penal *cometiere cualquier acto inhumano contra población civil*, el sujeto pasivo también puede ser una población entera, compuesta de personas que no participan en las hostilidades

2.6. Sujeto Activo

La doctrina sustenta dos opiniones; la primera de ellas y mayoritaria, refleja que sólo pueden ser cometidos por agentes del Estado o personas que, al menos, gocen de su aquiescencia o tolerancia. Esto se debe a que desde su origen se observa el interés por proteger a los civiles de los atropellos estatales. Si los mismos actos fueran cometidos por particulares, no se encontrarían comprendidos dentro del Derecho Penal Internacional, sino que bastaría el Derecho Penal interno. La segunda posición mantiene que pueden ser cometidos también por personas particulares. Aceptar esta opinión posibilitaría, por ejemplo, reprimir, por medio del Derecho Penal Internacional, al crimen organizado.

En la actualidad, a la primera opinión debe agregarse también los miembros de grupos que ostentan poder *de facto*, como ocurre en el caso de guerrillas que toman decisiones políticas en los territorios que ellos llaman "liberados".

Para aclarar este punto, un ejemplo resulta valioso: el secuestro de una persona seguramente es tan grave y doloroso como una desaparición forzada. Sin embargo, en contextos de violencia o represión sistemática o generalizada, no puede hablarse de una sola desaparición forzada, sino de cientos o de miles de estos delitos, que sería el elemento que lo convertiría en delito de lesa humanidad. Además, para que varios actos de desaparición forzada encajen en el marco de los delitos de lesa humanidad, como ya se dijo, deben cometerse de manera sistemática, para que una sola desaparición forzada pueda considerarse sistemática, debe compararse con otras tantas, que presenten patrones similares que puedan llevar a la conclusión, que esa desaparición y el resto con las que se compara, provengan de un plan. Si provienen de un plan, lo más probable es que el autor o los autores sean los mismos.

Obviamente, un delito individual deja evidencias distintas a los delitos que se cometen colectivamente. Por ejemplo, no es lo mismo la casa en donde se retuvo a un secuestrado, que una cárcel clandestina.

³¹ Cf. Izpanel, Patricia y Urbina, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 53.

2.7. Elemento Subjetivo. Dolo o Intención.

El dolo de los delitos de lesa humanidad exige que el autor obre con conocimiento del ataque. En este elemento se hace referencia a la necesidad de que el agresor cumpla con los propósitos del ataque. Por ejemplo, si se trata de una ejecución con fines contrainsurgentes, el autor debe ser consciente de la razón que tiene para cometer el hecho. Pero en el supuesto de que el agresor, inducido por un interés personal, aproveche esa circunstancia para cometer actos que violan las leyes humanitarias, también se cometería este tipo de crimen, pues, el agresor aprovecha la existencia de un ataque generalizado.

Se insiste que el autor sólo debe conocer que existe un ataque aunque no sepa los detalles exactos, o una valoración jurídica del mismo. En ese sentido, el artículo 7 del documento de Elementos de los Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional establece que no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización que promueve el ataque. Por tanto, basta probar que el autor conocía sobre el ataque.

3. Genocidio

En cuanto al delito de genocidio, Guatemala es parte signataria y ratificó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de las Naciones Unidas, en 1948. Además, incluyó en el Código Penal de 1973 (art. 376), con mínimas variaciones, este delito como parte de su legislación interna.

El artículo 376 del Código Penal, establece:

“Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

1°. Muerte de miembros del grupo.

2°. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo.

3°. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial.

4°. Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo, a otro grupo.

5°. Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquiera otra manera impedir su reproducción.”

3.1. Bien Jurídico Tutelado

El delito de genocidio se encuentra en la categoría de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. En el caso de Guatemala, el pueblo maya en su conjunto y en sus subgrupos específicos (pueblo Ixil, pueblo K'iche', pueblo Achí, etcétera.)

En cuanto al bien jurídico que tutela el tipo penal genocidio, lo más aceptado por la doctrina es que protege la existencia de los pueblos. Sin detallar los enconados debates sobre naturaleza del bien jurídico, sólo debe agregarse que ésta es colectiva-concreta.

Siguiendo la línea de Claudia Paz en su tesis doctoral³², puede señalarse que este tipo de bien jurídico tiene una existencia material y puede percibirse en el mundo concreto. Por tanto, una agresión en contra de este tipo de bienes es susceptible de ser medida.

Entendida así la dimensión del bien que se tutela, el genocidio protege en su globalidad al grupo y puede medirse porque la agresión contra ese grupo afecta a bienes individuales a los que protege

³² Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ob. Cit.

indirectamente: “tanto porque se incriminan como genocidio actos contra bienes jurídicos individuales, como porque la protección del pueblo está en función de sus integrantes”.

Con esta lógica, la autora citada asevera: “estos bienes jurídicos pueden sufrir ataques de diversa entidad, desde un pequeño menoscabo hasta su absoluta destrucción”.

La afectación del bien jurídico está ligada con el elemento subjetivo del genocidio, con la “intención de destruir total o parcialmente” y con el sujeto pasivo del delito, pues el genocidio se comete si existe la intención de afectar a uno de los grupos determinados en la redacción de tipo penal.

Si como se anotó, el grupo puede ser objeto de pequeños ataques o ser destruido totalmente para que se configure el delito y en ambos casos no sólo se afectan bienes jurídicos individuales, sino también colectivos, entonces, ¿cuál es la medida de un ataque parcial?

Esta discusión puede resumirse en que la conducta que se realiza en contra del grupo protegido debe tener la capacidad objetiva de lesionarlo.

3.2. Elementos del delito de Genocidio

Como se ve, en la redacción del delito de genocidio que se transcribe arriba, es posible deducir los elementos que conforman este delito.

1. La intención (dolo). En Derecho Penal se le denomina dolo. En el delito de genocidio corresponde a la parte que indica *propósito de destruir total o parcialmente*.
2. Sujeto activo. Puede cometerlo cualquier grupo o persona. Normalmente, lo han cometido gobiernos o grupos poderosos vinculados con el poder estatal.
3. El Grupo (sujeto pasivo). La pertenencia de las víctimas a cualquiera de los tres grupos que el delito establece: *grupo nacional, étnico o religioso*.

Tipo objetivo. Acción: cualquiera de los 5 hechos que establece el delito. Para los fines que interesan en este manual, se destacan el primero y el tercero de estos hechos: 1. *Muerte de miembros del grupo*. 3. *Y sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial*.

3.3. Muertes de miembros del grupo

Empezando por el último de los tres elementos mencionados es prudente iniciar esta sección con un ejemplo. La FAFG ha realizado 75³³ exhumaciones en el municipio de Rabinal, de éstas ha recuperado 690 osamentas. El Fiscal, sobre datos objetivos extraídos de los informes, tiene indicios suficientes e irrefutables para iniciar el caso: las 75 investigaciones suman 690 personas asesinadas con violencia.

3.3.1. Investigación forense

Del ejemplo anterior, puede notarse que el primer paso que da el Fiscal es fundamentarse en la parte más básica de las investigaciones: el número de osamentas que suman los 75 informes y si en todas las osamentas se reporta que hubo violencia en contra de esos individuos, el Fiscal ya está seguro que se cometió un delito y está obligado a investigar.

³³ Archivo FAFG.

Como se verá más adelante, de esta parte de los informes también es importante para el fiscal tener claridad sobre la forma y la manera de muerte.

Para esta parte de la investigación la FAFG informó del hallazgo de ese número de osamentas que presentaban señales de haber sufrido violencia antes o durante sus asesinatos.

3.4. Determinación precisa del grupo.

Continuando en el orden inverso de como se conforman los elementos de un delito normalmente. La siguiente tarea del Fiscal es determinar si las 676 víctimas del ejemplo que se ha usado pertenecían al grupo Achí.

Se recuerda en este punto que los únicos grupos susceptibles de ser protegidas por esta figura penal son los grupos étnicos, religiosos y nacionales. Dado que para el caso de Guatemala tiene trascendencia el grupo étnico, solo se definirá brevemente que son los grupos religiosos y nacionales.

3.4.1. Investigación forense

Dado que una etnia se caracteriza por sus rasgos culturales, la tarea de un perito se concreta a establecer con datos objetivos las características que identifican a las víctimas como miembros de un grupo determinado. Obviamente esta es una tarea de los peritos encargados de la investigación antemortem o social. Un dato objetivo puede ser el idioma que hablaban las víctimas.

Siguiendo con el ejemplo, si el informe forense informa al Fiscal sobre datos objetivos que caracterizan la etnia a la que pertenecían las víctimas (idioma, costumbres, religión), el Fiscal debe darse a la tarea de conformar tales datos con otros elementos de investigación como testigos, monografías o datos municipales.

A continuación, se presenta una breve definición de los grupos protegidos por el delito de genocidio.

3.5. Grupo Religioso.

El antropólogo Anthony Wallace³⁴ ha definido la religión como la “creencia y ritual relacionados con seres, poderes y fuerzas sobrenaturales”. La esencia de un grupo religioso es que sus miembros se encuentran unidos por medio de las creencias espirituales comunes. La religión se integra por convicciones y patrones de comportamiento que son utilizados por los seres humanos para afrontar problemas, considerados como trascendentes, que no pueden ser solucionados por medio de la tecnología o la ciencia. Asimismo, con la religión se establecen sistemas éticos con reglas de comportamiento que reafirman los valores sobre los cuales se asienta una comunidad.

Por lo tanto, se entiende por grupo religioso a toda comunidad que se encuentra unida por las creencias espirituales comunes. Los grupos religiosos gozarán de la protección del tipo penal, incluso en aquellos casos en los que no coincidan completamente con el concepto de pueblo, ya que los vínculos que ligan a un grupo religioso son muy similares a los que unen a un pueblo: la religión forma parte de la cultura, generalmente es transmitida de generación en generación y es una de las fuentes más fuertes de identidad.

En realidad, tanto la creencia como la no creencia en un Dios se pueden entender como creencias espirituales compartidas y, es en esta medida, que las personas que comparten una u otra visión del mundo forman un grupo religioso para los efectos del Código Penal.

³⁴ Cf. De Ochoa, Mario Alberto. Tótem y Tabú. <http://www.robertexto.com/archivo1/totemytabu.htm>. Wallace, Anthony. Religion: an anthropological view, New York, 1966, Pág. 91 y ss.

3.6. Grupo Nacional

Es difícil distinguir los conceptos de pueblo, grupo étnico y grupo nacional, pues los tres están cruzados por factores similares, entre ellos, cultura, idioma e historia. Sin embargo, a la definición de nación debe agregársele el factor político, por tanto, un grupo nacional tiende o se dirige a tener soberanía propia.

Para los fines del análisis del delito de genocidio, nuevamente se sigue la línea de Claudia Paz que aclara esta posible confusión de términos citando al Secretario General de Naciones Unidas, que al referirse a estos grupos, señaló: “El término nación es suficientemente amplio para incluir colonias, mandatos, protectorados y cuasi-Estados, tanto como Estados... naciones es utilizado para referirse a las entidades políticas, Estados y no Estados, mientras pueblos se utiliza para grupos de personas que pueden o no convertirse en Estados o naciones”.³⁵

3.7. Grupo Étnico

Diferentes posiciones provenientes de las ciencias sociales definen etnia utilizando una serie de factores internos que los identifican por dentro y que los diferencian de otros grupos.

La historia, la cultura, el idioma y las tradiciones son varios de los factores aglutinantes de los grupos étnicos. Claudia Paz, citando a Bretón, indica que ese autor suma a estos factores el suelo o territorio, ya que sobre éste se estructura un modo de vida global basado en los recursos que produce.³⁶

Sin embargo, la citada autora critica que podrían faltar uno o varios de estos factores sin que por eso el grupo siguiera siendo un grupo étnico, por lo que además debe incluirse la identidad étnica, que “*es la conciencia que tienen los miembros de un grupo étnico de la especificidad de su pertenencia a un grupo, y su diferencia con otros grupos humanos.*”

Para el caso de Guatemala, el Informe Nacional de Desarrollo Humano, *Diversidad Cultural: la Ciudadanía en un Estado Plural, desde una visión sociológica*,³⁷ acepta que no hay una definición consensuada sobre grupo étnico. Sin embargo, adelante indica que hay un cierto consenso sobre algunos rasgos que los caracterizan. Siendo éstos:

- “1. *Un nombre propio, que identifica y expresa la esencia de la comunidad que denomina.*
2. *Un mito acerca de la existencia de un ancestro común, e incluye la idea de un origen común, en tiempo y lugar, que da al grupo un sentido de parentesco y de pertenencia a una familia mayor.*
3. *Una memoria histórica compartida, o memorias compartidas de un pasado común incluyendo héroes, eventos y su conmemoración.*
4. *Uno o más elementos de una cultura común que no necesita ser especificada pero que incluye generalmente a la religión, las costumbres tradiciones y el idioma.*
5. *Un vínculo con una tierra natal / ancestral aunque no necesariamente implica ocupación física; es suficiente la conciencia del vínculo simbólico con ella.*
6. *Un sentido de solidaridad de parte cuando menos, de algunos segmentos de su población.*”

Por otro lado, los términos jurídicos para determinar a un grupo étnico como sujeto pasivo del delito de genocidio, exigen además un factor de alteridad, por el cual las características del grupo étnico protegido son reconocidas por el agresor. Este factor ha sido recogido por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Kayishema define grupo étnico como “un grupo cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común; o un grupo que se identifica a sí mismo como tal

³⁵ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ob. Cit.

³⁶ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ibid.

³⁷ Cf. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD-. Informe Nacional de Desarrollo Humano, Diversidad Cultural. 2005.

(autoidentificación); o un grupo identificado como tal por otros, incluyendo al perpetrador”.³⁸

3.8. Visión Subjetiva y Objetiva del Grupo Víctima

Se incluye este pequeño apartado para hacer un vínculo entre el tema grupo y el tema intención, ya que ambos están íntimamente ligados.

En el último párrafo sobre el tema grupo, se incluye la manera que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda determinó que las víctimas pertenecían al grupo Tutsi.

3.8.1. Visión subjetiva

Dicho tribunal primero estableció cuál era la visión que miembros del grupo víctima tenían de sí mismos. Sin embargo, aunque éstos se auto reconocieran Tutsi, el tribunal quiso establecer cuál fue la visión que el grupo agresor tuvo de éstos, pues la intención está del lado del que comete el delito.

3.8.2. Visión Objetiva

Esta es la que tiene el grupo agresor del grupo víctima, por lo tanto es la más importante de probar, pues de tal visión puede deducirse la intención de los victimarios. La intención se prueba desde los hechos, actos o expresiones que los victimarios tengan de las víctimas; por tal razón, los datos que un perito forense pueda presentar al fiscal sobre los actos que realizó el autor del delito son muy importantes para la investigación.

3.9. Intención de cometer genocidio

Sobre este tema existen dos puntos críticos: la diferencia entre intención y motivo y la extensión que abarca la frase *total o parcialmente*.

El motivo es lo que mueve internamente a alguien a cometer un delito. Como ejemplo, en el asesinato puede ser el odio. En el genocidio, el racismo. En ambos casos, el motivo permanece invisible, sin embargo la intención (matar o cometer actos genocidas) tiene maneras de ser deducida desde evidencias objetivas.

En el caso del asesinato, la intención de matar puede deducirse de los actos externos previos del autor. En el caso del genocidio, puede deducirse de cuál fue el grupo sobre el que se enfocó el agresor, de la extensión territorial en la cual se cometieron los actos genocidas, la manera de cometerlo y la política prevaleciente en el momento en que se cometió ese delito.

En cuanto a las dimensiones del genocidio (total o parcial), lo primero que debe puntualizarse es que no ha existido en la historia un genocidio total. De manera que sólo puede hablarse que la intención o dolo de este delito es la eliminación parcial y que ésta debe afectar sustancial, considerable o significativamente al grupo. Sin embargo, también hay que puntualizar que esto depende de distintos criterios.

El bien jurídico, existencia de los pueblos, comprende como elementos constitutivos la integridad material y la identidad cultural. En este sentido, Claudia Paz indica: “*La integridad se refiere a las condiciones que permiten mantener y desarrollar su vida colectiva.*”³⁹ Por ejemplo, la vida e integridad de sus miembros. “*La identidad cultural se refiere a la conservación y desarrollo de los elementos identitarios*”, como son el idioma, el vestido, “*la vida cultural y las formas de organización social, religiosa, económica, política*”, etcétera. Lo anterior confirma que la integridad física objetiva y la

³⁸ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ob. Cit.

³⁹ Cf. Paz y Paz Bailey, Claudia. Ob. Cit.

identidad intrínseca de un pueblo son inseparables y ejercen una influencia recíproca entre ellas.

La CEH da un ejemplo de ataques a la identidad del pueblo maya, al caracterizar las violaciones en contra de las mujeres mayas durante las masacres:

“Todas las culturas atribuyen valor a la mujer sobre la base de su función biológica reproductora y de crianza. Las mujeres transmiten, por medio de vínculos íntimos y cotidianos, la cultura familiar y comunitaria: el idioma, la cosmovisión, las normas de vida y de relación entre los miembros de la comunidad; en definitiva, los contenidos de la identidad personal y social. En la cultura maya, además, esta función tiene un alto valor simbólico dada la equivalencia entre la mujer con la madre tierra, representación de la vida y de la posibilidad de establecer vínculos entre pasado y futuro.”

De lo anterior se deduce que debe hacerse una lectura más cuidadosa del verbo “destruir” del Código Penal (y de la Convención contra el Genocidio) ya que si los elementos materiales y los elementos subjetivos son parte inseparable de un grupo, pueden destruirse elementos inmateriales que identifican al grupo eliminando a pocas personas para que se configure el genocidio. Como señalan Susan Kemp y Paul Seils,⁴⁰ *“eliminando al grupo esencia.”* Sobre esto, la ya citada Claudia Paz pone por ejemplo, *“si se quiere destruir una mesa en cuanto tal, significa que se quiere destruir la mesa en su calidad de mesa. Por lo tanto, se alcanzará el objetivo cuando a la mesa le han sido separadas sus cuatro patas y el tablero ha sido partido en tres pedazos, no es necesario incinerar los trozos de madera y fundir los clavos para afirmar la destrucción.”* Lo mismo sucede con un grupo, puede que parte del grupo siga existiendo, pero se le ha destruido en su esencia, o se ha atentado contra ella, con el asesinato de varios de sus miembros.

Otro aspecto importante y el que más interesa a un Perito, es cómo un Fiscal puede probar que hubo intención de cometer genocidio. Para esto lo primero que debe señalarse es que el elemento subjetivo de la definición de este crimen es, a todas luces, un reto probatorio pues el ente investigador estará obligado a establecer el dolo (intención) con el que actuó el acusado, es decir, la intención delictiva específica de destruir a uno de los grupos mencionados.

En el marco del desarrollo doctrinario y jurisprudencial del delito de genocidio se ha debatido entre la necesidad de si por un lado, para probar la intención es imprescindible que se demuestre que los actos genocidas se cometieron en contra de personas del grupo por el mero hecho de pertenecer al grupo protegido como tales. Y por otro lado, si la intención era un dato que podía quedar de lado y que lo que debía establecerse eran los hechos y de ellos deducir la intención.

3.9.1. Establecimiento de los hechos

La experiencia ha demostrado que los motivos racistas se han escondido detrás de otras razones para exterminar gran cantidad de personas pertenecientes a un grupo étnico, religioso o nacional. Por ejemplo en Guatemala, donde se exterminó a miles de personas de ascendencia maya, la excusa ha sido que se combatió al comunismo, lanzando una ofensiva en contra de la guerrilla.

La jurisprudencia ha hecho claro que la intención puede deducirse de los hechos. En los casos Mladic y Karadsic, el tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en los territorios de la antigua Yugoslavia, determinó que la intención puede deducirse de la perpetración de actos que menoscaban el fundamento del grupo, o que los propios autores de tales actos consideran disminuir. Con esta posición, la prueba se enfoca en la recopilación de datos objetivos sobre la perpetración de actos en detrimento de la integridad física e identidad del grupo, como las muertes o la humillación de las mujeres públicamente, los insultos racistas o la visión que tenía el grupo agresor del agredido en la época que sucedieron los hechos.

⁴⁰ Cf. Paul Seils y Susan Kemp. Genocidio-Comentarios sobre el caso Akayesu. Guatemala, CALDH, 1999. Pág. 14.

De todos los datos aportados sobre la intención, quedan flotando varias preguntas: ¿Cómo una investigación forense puede contribuir a probar la intención en un delito de genocidio? ¿Cómo los datos objetivos de una investigación forense pueden servir para probar un elemento subjetivo?

3.10. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo, a condiciones de existencia que pueda producir su destrucción física, total o parcial

A continuación se analiza en orden el tipo objetivo de este acto genocida. Se excluye de los siguientes comentarios el tipo subjetivo, dolo o intención, debido a que se analizó ampliamente en el apartado anterior y que en todo caso la destrucción no se da por la muerte de miembros del grupo, pero sí por un sufrimiento tal que los minimiza en su función de agrupación coherente.

3.10.1. Tipo objetivo

3.10.1.1. Acción.

Para este acto genocida, la acción consiste en crear las condiciones que puedan causar la destrucción del grupo protegido. Nótese que por medio de esta acción no se llega a consumar la muerte, por tanto, en este caso el Derecho Penal lo que hace es proteger al grupo, adelantando la barrera de la prohibición para que la muerte no se produzca. En concreto, basta que el agresor propicie esas condiciones.

3.10.1.2. Modalidad

Normalmente, se da por acción. Por ejemplo, en Guatemala las fuerzas de seguridad luego de cometer una masacre, destruían las casas, las cosechas, mataban a los animales y tendían un cerco alrededor de los sobrevivientes para que éstos no tuvieran acceso a alimentación o a los servicios necesarios para sobrevivir.

3.10.1.3. Medios

Los medios que se utilizaron fueron materiales, los necesarios para incendiar casas y cosechas, bloquear caminos, o evitar el acceso a bienes y servicios de las personas desplazadas.

3.10.1.4. Resultado

En este acto genocida el resultado es el sufrimiento de miembros del grupo protegido. Basta que existan condiciones que causen sufrimiento por hambre, frío o enfermedades para que este acto se consume.

Como se deduce, la muerte de miembros del grupo es irrelevante. Son relevantes las condiciones a las cuales los miembros del grupo fueron sometidos.

3.11. Investigación Forense

Las víctimas de este tipo de hechos fueron aquellos que se desplazaron a causa de la represión, desplazados internos o refugiados. Ambos grupos se vieron en la necesidad de buscar lugares seguros en donde resguardarse. En muchos casos, hubo lugares de paso, que prestaban refugio por un breve lapso de tiempo, pero que luego eran abandonados. En ese tipo de lugares sucedieron dos hechos relevantes, muchas personas murieron por no haber soportado las condiciones a las que fueron sometidas o fueron alcanzadas por sus persecutores y muertas en su huida. En ambos casos, enterradas por sus familiares o compañeros de fuga.

La intervención de peritos en antropología forense en lugares en los que la población padeció este tipo de hechos se ha requerido para la recuperación de osamentas de personas que murieron por las causas indicadas: 1. Enfermedades, hambre, frío, directamente causadas por las condiciones de aislamiento a las que fueron sometidas. 2. Por causas violentas producto de su descubrimiento por parte de sus persecutores.

La segunda categoría de muertes, por causas violentas, se menciona para incluir las características de tales lugares, pues allí los peritos podrían encontrar muchas osamentas de personas que murieron en actos distintos, pero que están incluidas en la misma denuncia.

Abarcando las dos categorías de víctimas, coinciden con el acto genocida que ya se desarrolló, *muertes de miembros del grupo*, o como muertes, pues del acto que se trata en esta sección se centra en la creación de condiciones que puedan acarrear la destrucción del grupo.

Lo que hay que aclarar es que aunque se realice una sola exhumación, en la cual se indique la multiplicidad de actos, es tarea de los fiscales dirigir las investigaciones ya sea como delitos distintos en expedientes separados, o en un mismo expediente como un solo delito.

Para esta sección, lo que interesa es aportar elementos de lo que puede revelar la investigación forense para aquellas personas que murieron por causas naturales.

4. Resumen sobre Genocidio, Delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.

Para mejor claridad, a continuación se presentan las similitudes y diferencias entre crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y Genocidio.

Delitos	Calidad de las víctimas	Contexto	Intensidad en cuanto al número de víctimas	Autores	Intención o dolo
Genocidio	Grupos: étnico, religioso, nacional	Contexto de guerra o paz en la que impere un clima de violencia generalizada o sistemática	Número a gran o menor escala: lo importante es que afecte significativamente al grupo.	Cualquier persona o grupo, normalmente miembros del Estado o personas actuando bajo sus órdenes o tolerancia	Destrucción total o parcial de uno de los grupos protegidos
Delitos de Lesa Humanidad	Población civil no combatiente	Contexto de guerra o paz en la que impere un clima de violencia generalizada o sistemática	Mayor o menor escala, en tanto los actos sean sistemáticos o generalizados	Cualquier persona o grupo, normalmente miembros del Estado o personas actuando bajo sus órdenes o tolerancia	Obrar con conocimiento del ataque
Crímenes de Guerra	Población civil no combatiente. Combatientes indefensos. Capturados. Rehenes, bienes civiles, etc.	Conflicto internacional o interno	Gran o menor escala si se cometen como parte de un plan o política	Las partes en conflicto	Si el autor conoce que el ataque es parte de un plan o política de guerra. No importa que sepa detalles

Como se anotó, en Guatemala se cometieron los tres tipos de delitos. En términos generales, las investigaciones antropológico-forenses pueden contribuir a esclarecer los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra.

Esto tiene muchas respuestas, pero las más lógicas e inmediatas serían:

Genocidio

1. Por las áreas que se excavaron, se puede decir que la población era maya.
2. Porque en las entrevistas *ante mortem* los sobrevivientes identificaron a la comunidad como maya.
3. Por la escala: debido al gran número de osamentas que se exhumaron en un área mayormente poblada por mayas.
4. Porque asociadas a las osamentas se hallaron ropas de vestir, tradicionales de la región.

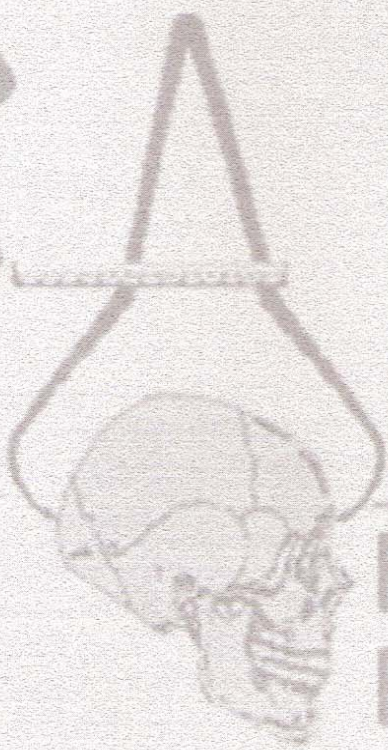
Delitos de lesa humanidad

1. Porque de las osamentas se puede deducir que a esas personas se les provocaron lesiones antes de morir (tortura).
2. Porque se hallaron fosas exclusivas de mujeres sin ropa asociada o con la ropa destruida (para violación).
3. Porque la mayoría de víctimas eran niños, mujeres y ancianos (se puede presumir que la población era civil no combatiente).
4. Porque el lugar donde se hallan las o la osamenta presenta las características de una cárcel clandestina.

Crímenes de guerra

1. Porque las osamentas se hallaban en una instalación militar (en cualquier caso, pues el derecho humanitario protege a personas civiles y combatientes indefensos).
2. Porque la o las osamentas se hallaban evidentemente bajo el dominio del agresor (por ejemplo con las manos atadas).
3. Porque asociadas a las osamentas se hallaron ropas militares u objetos usados por personas que participan en la guerra (mochilas, armas, radios, etcétera.)

FAFG



Fundación de Antropología
Forense de Guatemala

FAFG www.fafg.org
Fundación de Antropología
Forense de Guatemala