

GENOCIDIO, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES Y DELITOS DE GUERRA

Claudia Cárdenas Aravena¹

Noviembre de 2013.

OPCION 1

(I) Articulado

Resulta más apropiado tipificar los delitos contra el derecho internacional en una ley especial.

¹ Profesora Asociada, adscrita al Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Este trabajo cuenta con el patrocinio de FONDECYT N 1120097.

(II) Fundamentación en general

(i) Institución o grupo de normas objeto de la propuesta

Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

(ii) Disposiciones legales chilenas correlativas

Ley N° 20.357, disposiciones de parte general del Código Penal, disposiciones de homicidio, lesiones, secuestro y violación del Código Penal, disposiciones del Código Orgánico de Tribunales relativas a la aplicación de la ley penal en el tiempo (artículo 6), artículo 19 de la ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en cuanto a la competencia para la investigación y el ejercicio de la acción penal).

(iii) Fuentes de derecho comparado revisadas con ocasión de la propuesta

Las disponibles en la base de datos www.legal-tools.org (disponible también desde la página de la Corte Penal Internacional, www.icc-cpi.int). De las legislaciones que se ha solicitado consultar especialmente, los delitos contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional se encuentran tipificados fuera del Código penal en el sistema alemán (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB, 2002) y en el chileno actualmente vigente (Ley N° 20.357, 2009)

(iv) Caracterización general de la propuesta

En la legislación vigente, la tipificación del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes y delitos de guerra está fuera del Código penal (en la ley N° 20.357).

El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes y delitos de guerra son conductas cuya punibilidad arranca del derecho internacional, forman parte de los crímenes fundamentales (*core crimes*) del derecho penal internacional. Ese derecho puede ser aplicado por tribunales internacionales –entre los que hoy en día destaca la Corte Penal Internacional– o por tribunales estatales. La forma en que los Estados apliquen este derecho depende de su derecho interno. En el ámbito comparado, se encuentran desde remisiones al derecho internacional hasta tipificaciones que se distancian en algunos aspectos de los estándares del derecho internacional.

Si bien desde hace décadas algunos Estados tenían tipificados en sus derechos internos algunos delitos contra el derecho internacional (generalmente algunos delitos en conflictos armados internacionales, o genocidio, o agresión), como un efecto colateral de la masiva ratificación que ha recibido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional puede identificarse que desde

el año 1998 hasta la fecha², y para asegurar el ejercicio sin contratiempo de su jurisdicción sobre estos crímenes, varios Estados han tipificado en sus derechos internos los delitos que nos ocupan. De los Estados que han tipificado los crímenes contra el derecho internacional en, algunos lo han hecho en su Código Penal y otros en leyes separadas.

Se han esgrimido razones para ambas opciones. Quienes se pronuncian a favor de la inclusión de estos delitos en el Código Penal, suelen fundamentarla, principalmente, en la gravedad de los delitos en cuestión, que hace que deban estar tipificados en la principal ley penal del Estado. En cambio, quienes han optado por la tipificación en una ley separada³ ponen el acento en la particularidad de la materia que se regula, en que su aplicación está llamada a ser realmente excepcional, en que la consulta de la materia sería más fácil desde una ley especial y en que parece necesario regular especialmente algunos asuntos tradicionalmente consagrado a la parte general (imprescriptibilidad, responsabilidad del superior), que aconsejan que la materia quede en una ley aparte para que no quede una especie de pequeño código dentro del código, en caso de que se opte por una tipificación dentro del Código penal. También podría esgrimirse como motivo para una regulación en una ley separada en su especial vinculación con el derecho internacional,⁴ que suele resultar ineludible ya desde los *nomen iuris* con que se identifica a los delitos.

En lo personal, la segunda serie de razones me convence más que la primera, pues no veo necesariamente que la regulación en una ley especial implique una menor relevancia de los delitos tipificados, y en cambio veo ventajas para su consulta y estudio, si están en un cuerpo separado del Código Penal. Además, la complejidad de la materia que regulan, que requiere de definiciones, remisiones y al menos algunas disposiciones específicas de parte general, además de la excepcionalidad de su aplicación, hacen que desde mi punto de vista no aparezca justificado agregar esta complejidad al Código penal, que ha de ocuparse del derecho penal común.

² Al 18 de noviembre de 2013, 122 Estados Partes, > http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

³ Vid., a saber, Kress, Claus. Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 18 y ss.

⁴ Vid. *ibid.*, pp. 31 y ss.

OPCION 2

Para el evento de que la comisión estime pertinente tipificar los delitos contra el derecho internacional en el Código penal

(I) Articulado

Título A: Delitos contra el derecho internacional

Párrafo 1 Genocidio e incitación directa y pública al genocidio

Artículo A.- El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice cualquiera de los siguientes actos, comete genocidio y será castigado con las penas que respectivamente se indican:

1°. Matar a uno o más miembros del grupo, con [...];

2°. Causar a uno o más miembros del grupo un menoscabo grave en su salud física o mental;

3°. Someter al grupo a condiciones de existencia capaces de causar su destrucción física, total o parcial tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas;

4°. Aplicar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o

5°. Trasladar por fuerza a menores de 18 años del grupo a otro grupo, o se les impida regresar a aquél.

En los casos de los numerales 2°, 3°, 4° y 5°, la pena será de [...].

Artículo B.- El que incitare pública y directamente a cometer genocidio será sancionado con la pena de [...], salvo que por las circunstancias del caso haya que considerar al incitador como autor, conforme a las reglas generales del Código Penal.

Párrafo 2 Crímenes de lesa humanidad

Artículo C.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando uno o más de ellos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población.

Artículo D.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1°. Por "ataque" una línea de conducta que implica la comisión múltiple de los actos señalados en el presente párrafo.

2° Por "ataque generalizado", el que afecta a un número considerable de personas, y

3°. Por "ataque sistemático", el que obedece a un cierto sistema o plan.

Artículo E.- Para constituir crímenes de lesa humanidad, los actos señalados en los artículos siguientes deben ser cometidos sabiendo que el acto en cuestión forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, sin que se requiera el conocimiento cabal de aspectos concretos del ataque distintos del acto imputado.

Artículo F.- Quien, concurriendo lo prescrito en los tres artículos precedentes:

1° Mate a otro, será castigado con la pena de [...].

2° Mate a una cantidad considerable de personas, será castigado con la pena de [...].

3° Reduzca a otro a la condición de esclavo, o interviniere en la trata o tráfico de esclavos, será castigado con la pena de [...].

Para los efectos de la presente ley se entenderá por esclavitud el ejercicio de algunos de los atributos de la propiedad sobre una o más personas.

4° Expulse a personas del territorio del Estado al de otro o las obligue a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del mismo, será castigado con la pena de [...].

5° Prive a otro de su libertad, será castigado con la pena de [...], salvo en los casos a que se refieren los dos últimos incisos del artículo [referencia, ex 141] del Código Penal, en cuyo caso se estará a la sanción ahí contemplada [ver cómo queda el juego de sanciones en definitiva];

6° Torture a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole intencionalmente graves dolores o sufrimientos físicos o mentales, será castigado con la pena de [...]. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas de acuerdo a los estándares del derecho internacional o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo [ver referencia, actual 397] del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de [...]

7° Penetre sexualmente a otro sin su voluntad, será castigado con la pena de [...].

8° Cause el embarazo de una mujer, constriñéndola mediante violencia o amenaza a permitir el uso de algún medio para tal efecto, será castigado con la pena de [...].

9° Privare a otro de su capacidad reproductiva, siempre que la conducta no se encuentre justificada por un tratamiento médico o el consentimiento de la víctima, será castigado con la pena de [...];

10° Incurra de otro modo en agresión a abuso sexual, será castigado con la pena de [...]

11° Persiga a otro, privándole intencional y gravemente de sus derechos fundamentales en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otro universalmente considerado inaceptable como motivo de discriminación, será castigado con la pena de [...]

12° Con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándole o proporcionando una información falsa, será castigado con la pena de [...].

En los casos a que se refieren los [ver referencia, actuales dos últimos incisos del artículo 141] del Código Penal, se estará a la sanción ahí contemplada.

13° Lesione intencional y gravemente a otro, será castigado con la pena de [...]

14° Constraña mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto o a permitir que le sea practicado, será castigado con la pena de [...].

15° Someta a otro a experimentos sobre su cuerpo o su mente, a una extracción de un órgano, o a cualquier tratamiento médico no consentido, que pusiere gravemente en peligro su vida o su salud, será castigado con la pena de [...].

Artículo G.- No podrá aplicarse el mínimo de la pena en los delitos contemplados en este párrafo, si ellos fueren cometidos para oprimir y dominar en forma sistemática a un grupo racial o con la intención de mantener dicha dominación y opresión.

Párrafo 3 Crímenes y delitos de guerra

Artículo H.- Las disposiciones del presente Título se aplicarán a la comisión de cualquiera de los hechos señalados en los artículos siguientes, cometidos en el contexto de un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional y relacionados con él, a menos que por la naturaleza de las conductas ellas solo puedan ser cometidas en un conflicto armado sin carácter internacional.

Artículo I.- Crímenes de guerra contra las personas

1° El que mate a una persona protegida será castigado con la pena de [...].

Si mediante un mismo acto homicida se diere muerte a más de una persona protegida, la pena será de [...].

El que mate o hiera a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido, será penado con [...].

2° Será castigado con la pena de [...], el que sometiere a personas de la parte adversa, que se encuentran en su poder, a experimentos sobre su cuerpo o su mente; a la extracción de un órgano, a una mutilación o a cualquier tratamiento médico no consentido que le cause la muerte o ponga seriamente en peligro su salud.

3° Con la pena de [...] se castigará al que trate a una persona protegida de forma gravemente humillante o degradante.

4° Con la pena de [...] se castigará al que ejecutare a una persona protegida sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables o, habiéndole denegado, en cualquier circunstancia, su derecho a un juicio justo.

Con la pena de [...] se castigará al que prive a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente.

5° El que reclute o aliste a una o más personas menores de dieciocho años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades, será penado con [...].

6° El que ordene el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto armado, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate, por razones militares imperativas, será castigado con la pena de [...].

7° El que, sin derecho, expulse a una persona protegida del territorio de un Estado al de otro o la obligue a desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio de un mismo Estado, será penado con [...].

8° El que, sin derecho, detuviere o mantuviere privada de libertad a una persona protegida, será penado con [...].

9° El que constriñere mediante violencia o amenazas a una persona protegida, a un miembro de la población civil o a un nacional de la otra parte a servir al enemigo será castigado con la pena de [...].

10° El que lesionare gravemente a una persona protegida en el marco de un conflicto armado será castigado con la pena de [...].

11° El que torture a una persona protegida, será castigado con la pena de [...].

12° El que incurra en agresión o abuso sexual, contra una persona protegida será castigado con la pena de [...].

Artículo J.- Crímenes contra la propiedad y otros derechos

1° Será castigado con la pena de [...], el que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes de una persona protegida o bienes protegidos, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.

2° Con la pena de [...] se castigará al que destruyere o se apropiare a gran escala de bienes del enemigo, por causas no justificadas por necesidades del conflicto armado.

3 Con la pena de [...] se castigará al que saquee una ciudad o plaza.

4° El que dispusiere la abolición, suspensión o inadmisibilidad ante un tribunal de las acciones o derechos de los nacionales de la potencia enemiga, será castigado con la pena de [...].

Artículo K.- Utilización de métodos de combate prohibidos

1° El que matare o hiriere a una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo actuando a traición será penado con [...].

Actúa a traición el que se gana la confianza de una o más personas pertenecientes a la nación o ejército enemigo, haciéndoles creer que tenía derecho a protección o que estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados.

2° El que ordene o haga una declaración en el sentido que no haya sobrevivientes para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera que no quedasen sobrevivientes será penado con [...].

3° El que dirija un ataque contra una población civil o personas civiles, será castigado con la pena de [...].

4° El que dirija un ataque contra ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares, será penado con [...].

5° El que dirija un ataque contra bienes de carácter civil, esto es, bienes que no son objetivos militares, será penado con [...].

6° El que dirija un ataque a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea, será penado con [...].

7° El que dirija un ataque contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, será penado con [...].

8° El que dirija un ataque contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los hospitales y los lugares en los que se agrupan a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares, será penado con [...].

9° Será castigado con la pena de [...] el que provocare intencionalmente hambruna a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar deliberadamente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

10° El que utilizare la presencia de una persona civil u otra persona protegida para ponerse a sí mismo o a ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares, será castigado con la pena de [...].

Artículo L.- Utilización de medios de combate prohibidos

Sin perjuicio de la pena aplicable por el resultado lesivo de su conducta, se aplicará la pena de [...] al que:

1° Emplee veneno, armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo que pueda causar la muerte o un grave daño para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas.

2° Use, conociendo sus resultados, balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano.

3° Utilice armas, proyectiles o materiales de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados.

Artículo M.- Crímenes de guerra contra operaciones y emblemas humanitarios

1° Se castigará con la pena de [...] a quien dirija 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 Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

2° El que dirija intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional, será penado con [...].

3° El que use la bandera blanca, bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de Naciones Unidas en contravención a lo establecido en los tratados internacionales de los que Chile es parte; o los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y cause así la muerte o lesiones graves, será penado con [...].

Será castigado con la pena de [...] el que usare sin derecho las insignias, banderas o emblemas de Naciones Unidas, de la Cruz Roja u otros emblemas protectores de otras organizaciones internacionalmente reconocidas.

Párrafo 4 Disposiciones comunes

Artículo N.- Serán sancionados como cómplices de los delitos previstos en este párrafo quienes, teniendo autoridad y control efectivo sobre otras personas y a sabiendas de que sus subordinados están cometiendo crímenes de este párrafo o se proponen cometerlos, no adoptan las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Serán sancionados de igual manera los jefes militares que, en razón de las circunstancias del momento, hubieren debido saber que las fuerzas a su mando estaban cometiendo o se proponían cometer alguno de los delitos de este párrafo sin que hayan adoptado las medidas necesarias a y razonables a las que se refiere el inciso anterior; y los superiores civiles que deliberadamente hubieran hecho caso omiso de la información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer esta clase de crímenes, sin haber tomado a su turno las medidas necesarias y razonable antedichas.

Artículo O.- No se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

Artículo P.- Serán circunstancias agravantes especiales la extensión considerable del número de personas directamente afectadas por el delito, y el hecho de haber obrado el responsable por motivos de discriminación en razón de nacionalidad, raza, etnia, religión, género o consideraciones políticas o ideológicas.

Será en todo caso circunstancia atenuante calificada la colaboración sustancial con el tribunal que contribuya al esclarecimiento de los hechos, particularmente en lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad de las demás personas que intervinieron en el acto punible.

Artículo Q.- Ni la acción penal ni la pena de los delitos previstos en este párrafo prescriben.

Artículo V.- Estas disposiciones no se entenderán derogadas tácitamente por el establecimiento posterior de normas que fueren aplicables a los mismos hechos, aunque resultaren inconciliables.

Artículo W.- La responsabilidad de adolescentes por infracción de la ley penal no se extenderá a los delitos de este párrafo.

(II) Fundamentación general

(i) Institución o grupo de normas objeto de la propuesta

Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

(ii) Disposiciones legales chilenas correlativas

Ley N° 20.357, disposiciones de parte general del Código Penal, disposiciones de homicidio, lesiones, secuestro y violación del Código Penal, disposiciones del Código Orgánico de Tribunales relativas a la aplicación de la ley penal en el tiempo (artículo 6), artículo 19 de la ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en cuanto a la competencia para la investigación y el ejercicio de la acción penal).

Se propone considerar una competencia concentrada para esta clase de crímenes, pensando en los casos en que se aplique este derecho bajo el principio de jurisdicción universal como está previsto en el anteproyecto, sin perjuicio de que estos crímenes bajan bajo el régimen de competencia común o a lo más concentrado regionalmente con posibilidades de delegar para el evento de que los delitos sean cometidos en Chile.

También podrían preverse formas especiales de cooperación internacional para la investigación, el juzgamiento y el cumplimiento de las condenas por esta clase de crímenes. Esto vale tanto para la cooperación entre Estados como para la cooperación con tribunales internacionales (supuestos que debieran regularse por separado).

(iii) Fuentes de derecho comparado revisadas con ocasión de la propuesta

Las disponibles en la base de datos www.legal-tools.org (disponible también desde la página de la Corte Penal Internacional, www.icc-cpi.int). De las legislaciones que se ha solicitado consultar especialmente, los delitos contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional se encuentran tipificados en el Código penal en el sistema español (Título XXIV, capítulo XXIV y ss.), en el francés (Título I del libro II y libro IV bis), el suizo (títulos 12 *bis*, 12 *ter* y 12 *quater*) y el austríaco, que solamente tipifica el genocidio en su último párrafo (321).

(iv) Caracterización general de la propuesta

En la legislación vigente, la tipificación del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes y delitos de guerra está fuera del Código penal (en la ley N° 20.357).

Desde el año 2009 Chile cuenta con una ley que tipifica conductas con los *nomen iuris* de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes y delitos de guerra en su derecho interno.

La ley que lo hace, N° 20.257, fue aprobada como parte de la negociación para que en el Congreso Nacional pudieran obtenerse votos suficientes para que se aprobara la reforma constitucional que permitiera a Chile, en definitiva, ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁵ El articulado propuesto se ha tomado como base esa ley, sin perjuicio de que cuando se estime pertinente se ha tenido a la mano también las tipificaciones que han realizado otros Estados,⁶ así como también a la descripción de las conductas descritas bajo los aludidos *nomen iuris* en el derecho penal internacional.

En esta propuesta no he querido incluir penas concretas. La razón para ello es que se consideró inoficioso realizar propuestas en este punto sin conocer las decisiones generales que se hubieran tomado en materias de penalidad. Aun con el avance del anteproyecto que me ha sido posible consultar recientemente, creo que la comisión estará en mejor pie para fijar penas concretas teniendo a la vista ciertos parámetros generales. Por lo mismo, sí se considera pertinente hacer presente que los delitos contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional debieran castigarse con penas correspondientes a crímenes graves, y que en el caso de que haya una tipificación paralela de las conductas individualmente consideradas como parte del derecho penal general, el marco penal para esta clase de conductas debiera ser más gravoso que el del derecho ordinario, de modo de dar cuenta de la mayor magnitud del injusto y del carácter pluriofensivo de la conducta, que no solamente atenta contra bienes individuales, sino contra los bienes fundamentales del derecho internacional contemporáneo, y que es lo que justifica su tipificación por separado.

La propuesta se caracteriza por tener varias remisiones a al Código penal. Al encontrarse todavía en fase de discusión, estas remisiones quedan en cierta medida a ciegas, por lo que habrá que revisarlas una vez que se tenga seguridad sobre las tipificaciones de los delitos comunes.

⁵ Vid. Cárdenas Aravena, Claudia. “La implementación de los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley N° 20.357”, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, pp. 23-44.

⁶ Para esto se han tenido a la vista las todas las que ha sido posible consultar desde la base de datos www.legal-tools.org

(iii) Fundamentación particular

Artículo A

El artículo A propuesto coincide con el artículo 11 de la Ley N° 20.357 actual. Se sigue la definición de genocidio ampliamente asentada en el derecho internacional a partir de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948, art. 2)⁷, de la que Chile es parte desde 1953.

En cuanto a los grupos protegidos por el delito de genocidio, se mantiene el apego a los grupos tradicionalmente aceptados como protegidos en el derecho internacional (los determinados por características nacionales, étnicas, raciales y religiosas). Cabe sí tomar nota de una tendencia que amplía la protección a otros grupos determinados arbitrariamente (o expresamente a grupos políticos o minorías sexuales, por ejemplo). Esta ampliación se ha hecho en algunos casos abiertamente por vía legislativa (en el Código francés se protege a “un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario”, art. 211-1; el Código suizo se refiere en este punto a grupos determinados también por criterios sociales o políticos (art. 264), en el caso español meramente por vía interpretativa (comprendiéndolos dentro de los grupos nacionales). Seguir esa tendencia tendría el efecto de colaborar a la formación de una costumbre internacional en ese sentido. Ahora bien, si se piensa en reconocer jurisdicción universal para esta clase de crímenes (como se hace en esta propuesta), habrá que tener presente que ésta solamente se legitima claramente respecto de conductas punibles en el derecho internacional.

Se deja fuera el artículo 12 de la Ley N° 20.357, que contiene penas para muertes causadas culposamente. Esto se basa en que se considera que ellas podrán castigarse como homicidios culposos según los casos, pero no parece pertinente debilitar el requisito de la intención genocida que es justamente lo que el último término diferencia a este delito de otros.

Artículo B

El artículo B coincide con el artículo 13 de la Ley N° 20.357 actualmente vigente.

Párrafo 2 Crímenes de lesa humanidad

Artículo C

⁷ Está publicado como anexo de la Resolución 260 (III) de la Asamblea de Naciones Unidas (1948) y en 75 UNTS (1949), p. 277 y ss.

El artículo C coincide ampliamente con el artículo 1 N° 1 de la Ley N° 20.357 actualmente vigente. Se elimina la caracterización como “civil” de la población, pues ella, podría entenderse como limitando la población potencialmente protegida, e incluso la parte de la población que más posibilidades tendría de ser comprendida como no civil –las fuerzas armadas- podrían ser objeto de un ataque en el sentido que esta expresión tiene para los efectos de los crímenes de lesa humanidad.⁸

Se deja fuera, como requisito general contenido en la actual legislación, lo que se ha dado en llamar el “elemento político” del ataque, que es un elemento que se especifica para la competencia de la Corte Penal Internacional, que está llamada a conocer de los crímenes más graves. Para la tipificación estatal se considera bastante con la definición de ataque que se contiene en el artículo D.⁹

En el derecho comparado que se nos ha solicitado consultar, el derecho alemán y el suizo son también escuetos en cuanto a la descripción del contexto (“quien, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”...mate etc., § 8 VStGB, art. 264 del Código penal suizo). El artículo 212-1 del Código penal francés habla de conductas “en ejecución de un plan concertado contra un grupo de población civil”. Ninguno prevé especialmente al llamado “elemento político” es su descripción.

Artículo D

Se contienen en él tres definiciones legales: la de ataque a secas y la de sus características “generalizado” y “sistemático”. Se basa parcialmente en el art. 2 de la Ley N° 20.357.

Parece pertinente contemplar una definición de ataque y no solamente la de sus características, ya que el intérprete primero ha de dilucidar si tal ataque existe y luego ver qué característica es la que prima (si la generalidad o la sistematicidad). Se la tomara parte de la definición de ataque del Estatuto de Roma (art. 7.2.a), pues se considera que ella es acertada en dar parámetros mínimos: multiplicidad de actos que tengan entre sí una relación tal que sean susceptibles de ser entendidos como una “línea de conducta”.

La definición de ataque generalizado difiere en parte de la actual, en tanto se requiere de necesariamente de varios actos (para que haya ataque) y se requiere que ellos afecten a un número considerable de personas (sin bastar para su consumación con que estén solamente dirigidas a ellas).

En cambio, la definición de ataque sistemático difiere de la actual, que vuelve a considerar el número de personas a las que se dirige el ataque, aparte de un factor temporal. Eso se reemplaza por el modo en que los tribunales internacionales vienen entendiendo esta

⁸ En contra de una limitación de la población especialmente protegida, también, Ambos (completar referencia).

⁹ El elemento político no es un requisito reconocido en el derecho penal internacional extraestatutario. Cfr., con más referencias, Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional, 2da edición Tirant lo Blanch 2011, pp. 479 y ss.

característica del ataque, de modo de que el ataque sea atribuible a un plan, organización o política, de modo de que se trata de actos aislados.¹⁰

Artículo E

Se refiere al conocimiento respecto del ataque contra la población civil con que debe obrarse para cometer crímenes de lesa humanidad. La regulación se basa en el artículo 37 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se consideró mejor ubicarla junto a los requisitos comunes a todos los crímenes de lesa humanidad, en lugar de su ubicación actual, entre las disposiciones comunes a todos los delitos del párrafo, pues su contenido tiene incidencia sólo respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Artículo F

En este artículo se tipifican los actos inhumanos en particular.

En cuanto al orden en que se presentan los actos inhumanos, se abandona el seguido por la Ley N° 20.357, actualmente vigente, por considerarlo poco amigable para quien esté llamado a interpretar y aplicar la ley. Se agrupa en cambio a todos los actos inhumanos en un solo artículo, siguiendo para su orden lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El numeral 1 (homicidio) está tomado del art. 4 de la de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El numeral 2 (exterminio) está tomado del art. 3 de la de la Ley N° 20357, actualmente vigente. Se evita en esta versión mencionar alguna intencionalidad específica.

El numeral 3 (esclavitud) está tomado del art. 5 N°6 de la de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se evita exigir alguna intencionalidad, pues ella no es relevante, desde el punto de vista del derecho penal internacional, para entender que existe esclavitud.

El numeral 4 (deportación o traslado forzoso) está tomado del art. 9 de la de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se eliminó la frase “por la fuerza”, por entenderse que la palabra expulsión ya es suficientemente indicadora de la falta de voluntariedad del desplazamiento que exige el derecho penal internacional.

El numeral 5 (privación ilegítima y grave de libertad) está tomado del art. 5 N° 7 de la de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Como cambios se proponen eliminar el mínimo de cinco días, por no entenderse que la gravedad de la privación de libertad pueda medirse solo ni en primer lugar por su duración.

¹⁰ Cfr., con más referencias, Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional, 2da edición Tirant lo Blanch 2011, pp. 477 y ss..

El numeral 6 (tortura) está tomado del art. 7 N° 1 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se agrega como requisito la intencionalidad de la causación del sufrimiento. Asimismo, se agrega que el parámetro para la licitud de las sanciones es el derecho internacional.

El numeral 7 (violación) describe la conducta como se la entiende en el derecho penal internacional.

El numeral 8 (causar embarazo sin voluntad) está tomado del art. 5 N° 5 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se mantiene la regulación, porque con ella más la privación de libertad queda castigada la conducta de embarazo forzado como se lo entiende en el derecho penal internacional. Allí se exige además una subjetividad particular, pero se estima que si no existiera igualmente la conducta sería subsumible como crimen de lesa humanidad en la variante de “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (art. 7.1 k) del Estatuto de Roma).

El numeral 9, así como los demás referidos a lesiones, se ha simplificado en su descripción siguiendo la nomenclatura del trabajo adelantado en el anteproyecto de Código.

El numeral 10 también se ha simplificado en su descripción siguiendo la nomenclatura del trabajo adelantado en el anteproyecto de Código en materia de delitos sexuales.

En el numeral 11 se tipifica la persecución como crimen de lesa humanidad, que estaba ausente en la tipificación de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. El derecho alemán tiene especialmente tipificado este delito (§7.1.10 VStGB).

El numeral 12 (desaparición forzada de personas) está tomado del art. 6 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente, habría que adecuar las referencias al anteproyecto.

El numeral 13 se ha simplificado en su descripción siguiendo la nomenclatura del trabajo adelantado en el anteproyecto de Código en materia de lesiones.

El numeral 14 está tomado del art. 5 N° 4 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El numeral 15 está tomado del art. 8 N° 2 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente,

Se propone dejar fuera de la tipificación algunas conductas previstas en la ley por considerarlas redundantes. Eso ocurre con la esclavitud sexual y la prostitución forzada, que se consideran subsumibles como formas de esclavitud. También ocurre con el exterminio por someter a otro a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, porque se consideró subsumible bien como persecución o como tortura o como homicidio, según los casos. En cualquier caso se hace presente que el derecho alemán tiene especialmente tipificado el último supuesto (§7.1.2 VStGB), lo mismo que la prostitución forzada (§7.1.6 VStGB).

Artículo G

Es copia del artículo 10 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Párrafo 3 Crímenes y delitos de guerra

Artículo H

La propuesta de este artículo está basada en el artículo 16 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se agregaron solamente dos elementos. Por una parte, la referencia a que el hecho ha de estar relacionado con el conflicto armado para ser un crimen de guerra, no bastando el mero contexto fáctico de un conflicto armado. Por otra, se propone agregar una frase explicativa inspirada en la legislación francesa (art. 264b del Código penal francés), que subsana lo que podría de otro modo parecer una contradicción interna: que se diga en este artículo que las conductas de este párrafo son punibles si se cometen en el marco de un conflicto armado, sea éste interno o internacional, y luego aparezca que algunas conductas se castigan como delitos de guerra solamente si se cometen en el marco de un conflicto armado internacional. Se sigue al efecto un criterio que es el que puede identificarse como tendencia de la evolución del derecho penal internacional de las últimas décadas en la materia.¹¹

En la propuesta para los artículos siguientes se abandonan dos tendencias de la tipificación en la Ley N° 20.357, actualmente vigente: el agrupar los delitos según la pena asignada y el remitir a la tipificación de los crímenes de guerra. En cambio, por considerarlo más claro y amigable, se ha agrupado a los delitos por criterios materiales y se han obviado remisiones internas, sin perjuicio de las necesarias remisiones a normativa internacional en algunos casos. Se sigue así la tendencia identificada en el derecho alemán (§8 y ss VStGB), el suizo (art. 264d y siguientes del Código penal suizo) y el francés (art. 461-1 y ss. del Código penal francés).

Artículo I

Este artículo está dedicado a los crímenes de guerra contra las personas

El primer y segundo incisos del numeral 1 están tomados del artículo 18 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. El último está tomado del art. 29 de la misma ley.

El segundo numeral, primer inciso, está basado en el art. 23 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Solamente se agrega la hipótesis de mutilación y se agrega el efecto de la muerte o la grave puesta en peligro de la salud que exige el derecho internacional (vid. art. 8.2.e.xi) y 8.2.b-x) del Estatuto de Roma). Su inciso segundo está basado en el art. 34 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El tercer numeral está tomado del artículo 24 N°2 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El cuarto numeral se basa en el art. 25 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

¹¹ Cfr., con más referencias, Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional, 2da edición Tirant lo Blanch 2011, pp. 567 y ss.

El quinto numeral se basa en el art. 26 N°1 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El sexto numeral se basa en el art. 26 N°2 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El séptimo numeral se basa en el art. 32 N°1 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El octavo numeral se basa en el art. 32 N°2 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El noveno numeral se basa en el art. 32 N°3 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Los numerales 10, 11 y 12 de este artículo estaban incluidos por una referencia a los crímenes de lesa humanidad en la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Artículo J

Los primeros tres numerales de este artículo, que se dedica a los métodos de combate prohibidos, están tomados del artículo 27 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. El cuarto numeral se basa en el art. 33 de la misma ley.

Artículo K

Este artículo se ocupa de la utilización punible de ciertos métodos de combate prohibidos. Su primer numeral está basado en el art. 19 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El segundo numeral está basado en el art. 24 N°1 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Los numerales del 3 al 8 se basan en el artículo 29 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El numeral 9 se toma del art. 30 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

El numeral 10 se toma del art. 32 N° 5 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Artículo L

Este artículo tipifica la utilización de medios de combate prohibidos. Sus primeros dos numerales se basan en el art. 31 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Se propone un tercer numeral que se haga cargo de la disposición contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su art. 8.2.b.xx), que prevé el castigo penal del uso de armas o materiales que por su naturaleza causen daños superfluos, sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados. La competencia de la Corte depende de la aprobación de una lista de tales armas y materiales. Esta propuesta considera que la descripción es suficientemente determinada del modo en que se entrega, además de que la lista sufre serio riesgo de obsolescencia habida cuenta del acelerado avance tecnológico en materia bélica. Entre el

derecho extranjero que se nos solicitó revisar, el Código penal español prevé la punibilidad del empleo de medios de combate destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos en su art. 610, dejando a salvo la pena que corresponda por los males producidos. También castiga a quien realice ataques indiscriminados en el art. 611 N°1 del mismo cuerpo legal.

Artículo M

Se propone un artículo M que tipifique ataques intencionales contra operaciones humanitarias y emblemas humanitarios. La tipificación del primer supuesto está en consonancia con lo dispuesto por el Estatuto de Roma en su art. 8.2 lits. b.iii) y e.iii). El Código penal suizo contiene una tipificación análoga en su art. 264d lit. b, lo mismo que el francés en su art. 461-12 N°2.

Se propone incorporar como numeral 2 una conducta punible conforme al derecho internacional humanitario y que cae bajo la competencia material de la Corte Penal Internacional (vid. su Estatuto, art. 8.3 letras b.iv) y e.ii)). La conducta consiste en dirigir ataques contra cosas y personas protegidas con los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra (cruz roja, media luna roja, cristal rojo y el ya desusado león rojo). Entre el derecho extranjero que se nos solicitó revisar, el Código penal español prevé la punibilidad de una conducta análoga en su art. 612 N° 1, lo mismo que el derecho alemán en el § 10.1.2 VStGB y el derecho francés en el art. 461-12 N°1 de su Código penal.

El tercer numeral de la propuesta está basado en el art. 23 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Se agrega el efecto de causación de muerte o lesiones graves que el derecho internacional exige para la punibilidad de la conducta (vid. el art. 8.3.b.vii) del Estatuto de Roma). Un supuesto típico análogo prevé el derecho alemán en el § 10.2 VStGB.

Párrafo 4 Disposiciones comunes

Artículo N

El artículo a reemplaza al artículo 35 de la Ley N° 20.357 actualmente vigente, referida a la responsabilidad del superior. Se propone el cambio por varias razones. Entre ellas, las principales son:

- Reconocer la responsabilidad del superior, en caso de que no sea autor ni inductor, como una responsabilidad de una entidad menor a las anteriores. Por eso se propone una pena de cómplice y no de autor, como es la regla general en nuestra legislación actual.

- Prever esta responsabilidad como un caso de omisión en el deber de vigilancia y cuidado del superior, para que no parezca una responsabilidad objetiva por hecho ajeno (esto no es tan claro en la legislación actual).

- Prever los supuestos de lo que se ha dado en llamar “*wilful blindness*”, vale decir, aquellos casos en que los superiores se esmeran en no saber lo que sus subordinados realizan, con estándares diferenciados según se trate de superiores militares o civiles. Esta hipótesis es importante por la relevancia práctica de este supuesto.

En el derecho comparado que se nos ha solicitado consultar, el derecho alemán y el suizo prevén también una regulación especial de la responsabilidad del superior para esta clase de crímenes

El Código suizo prevé solamente supuestos de conocimiento de la comisión actual o futura de los delitos distingue: en caso de omisión dolosa de actuar para evitar la comisión prevé la aplicación de la pena de autor, en tanto que si se omite culposamente el impedir el acto, se prevé una pena de hasta tres años de privación de libertad o pena de multa. En cambio, si se omite tomar las medidas para asegurar el castigo de quien ya ha cometido un delito, el rango de pena previsto es de hasta tres años de privación de libertad o pena de multa (art. 264k del Código penal suizo).

En el derecho alemán, en tanto, regula separadamente distintos supuestos: Castiga como autor, en general, al superior civil o militar que omite impedir la comisión de alguno de los títulos del párrafo por parte de sus subordinados (§ 4 VStGB). Otros supuestos de lo que en derecho penal internacional conoce como responsabilidad del superior se regulan separadamente. El § 13 VStGB regula la vulneración del deber de vigilancia cuando un subordinado comete un crimen de este párrafo cuya ocurrencia futura hubiera sido reconocible para el superior y no lo evita habiendo podido hacerlo. El marco penal previsto para este supuesto es distinto según se trata de un actuar doloso (hasta 5 años de pena privativa de libertad) o culposo (hasta tres años). En tanto, el § 14 VStGB prevé el castigo penal de la omisión del superior militar o civil de denunciar un delito cometido por un subordinado.

Artículo O

Corresponde al inciso segundo del artículo 38. El inciso primero de ese artículo se deja fuera de esta propuesta porque se considera suficiente la regulación general acerca de la coacción y el error de prohibición como están previstos en el proyecto.

Artículo P

Se basa en el artículo 39 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente. Solo tiene dos cambios: Se cambia la expresión “personas ofendidas” por la de “personas directamente afectadas” por esta clase de delitos, ya que se entiende que los delitos de este párrafo ofenden a la humanidad toda. Además se extiende la aplicabilidad de la agravante de actuar por motivos discriminatorios a

una que será aplicable a todos los delitos de este párrafo, ya no solamente a los crímenes de lesa humanidad.

Se hace presente que la expresión “atenuante calificada” del segundo inciso de este artículo está tomado de la legislación actual pero adquiriría un significado claro recién con la regulación de las agravantes prevista en el proyecto.

Artículo Q

Se basa en el artículo 40 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

En el derecho comparado que se nos ha solicitado consultar, el derecho alemán prevé también una la imprescriptibilidad para esta clase de crímenes (§ 5 VStGB).

Artículo V

Se copia en lo pertinente el artículo 41 de la Ley N° 20.357, actualmente vigente.

Artículo W

Se propone esta regulación, nueva respecto de la legislación vigente, en el entendido de que la mayoría de las conductas a las que se refiere este párrafo, si se consideran individualmente, son punibles conforme al derecho penal común. Habida cuenta de los fines del régimen de la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, se cree que basta con que se aplique a su respecto ese régimen común.

Nota: otras disposiciones de la Ley N° 20.357 que no se incluyen en la propuesta

Se dejan fuera de la propuesta los siguientes artículos de la legislación actual:

Artículo 14, sobre conspiración para cometer genocidio a algunos crímenes de lesa humanidad, porque se considera suficiente la regulación general acerca de la conspiración como está prevista en el proyecto.

Artículo 15, sobre asociación ilícita para cometer genocidio a algunos crímenes de lesa humanidad, porque se considera suficiente la tipificación general de la asociación delictiva como está prevista en el proyecto.

Artículo 17: contiene una serie de definiciones: conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional, población civil, personas protegidas y bienes protegidos, refiriendo ampliamente a instrumentos de derecho internacional. Estas referencias complejizan la legislación, y para abarcar con más exactitud los supuestos posible debieran ser todavía más

complejos (así, por ejemplo, la legislación vigente parece reducir los conflictos armados de carácter internacional a los conflictos interestatales, sin mencionar “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” que también son conflictos armados internacionales con arreglo al art. 1 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra). También se contempla separadamente a las personas protegidas y a la población civil, cuándo la segunda es parte de la primera. Por eso estoy por eliminar esa larga referencia, que no parece necesaria porque no evita al intérprete el camino al derecho internacional, debiendo estos términos ser interpretados en definitiva en el sentido que les da el derecho internacional humanitario, del que son tomados. A mayor abundamiento, ninguna de las legislaciones que se nos solicitó consultar tiene una lista tan larga de definiciones, a lo más contempla remisiones a tratados específicos, siendo particularmente relevantes los Convenios de Ginebra (tanto la legislación alemana en el § 8 (6) VStGB, como la española en el art. 608 de su Código penal remiten a ellas para explicar quiénes son personas protegidas. La legislación española refiere además al convenio II de la Haya de 1899).

Artículo 32 sobre conductas constitutivas de crímenes de guerra, por considerarse que el supuesto de punibilidad queda absorbido como uno de los casos del numeral 6 de este artículo, pues son casos especiales de desplazamiento de la población.

Artículo 36, referido a la responsabilidad por ordenar cometer un delito, porque se considera suficiente la regulación de la inducción.

Artículo 44, sobre aplicabilidad de la ley en el tiempo, porque se considera suficiente la regulación general sobre el punto como está prevista en el proyecto.