

PRÁCTICA PUNITIVA INTERNACIONAL Y TÉCNICA LEGISLATIVA NACIONAL. EL CASO DE LA LEY 20.357*

JAVIER GALLEGO SAADE**
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
javierg.saade@gmail.com

RESUMEN: Se analiza el vínculo entre el influjo del derecho de los derechos humanos en la determinación del fundamento material de las normas del derecho penal internacional del Estatuto de Roma por un lado, y por otro, los problemas de técnica legislativa que se suscitan al utilizar técnicas de implementación del derecho penal internacional en el derecho doméstico, como es el caso de la dictación de una ley penal como la Ley 20.357 en el caso chileno. Para efectos de hacer visible la problemática se ofrece además un análisis concreto de los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad y genocidio, que se contienen en dicha ley.

Palabras clave: *Ley 20.357, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, principio de complementariedad, deberes supralegales de punición.*

ABSTRACT: The article analyses the bond between the influence of the International Human Rights Law when determining the material legitimacy of the criminal norms of the Rome Statute and the legislative technique problems that arises when a special statute is enacted such as the Chilean law 20.357, as a technique of implementation of International Criminal Law in a domestic legal

* Versión resumida de la ponencia presentada por el autor en la comisión 'Derecho Penal Internacional' del II Congreso de Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, agosto 2010. Una primera versión de este trabajo fue presentada en el I Congreso Estudiantil de Derecho Penal Internacional de la Universidad de Talca, en octubre de 2009. Agradezco la hospitalidad de Mario Campos durante mi participación en el Congreso. Agradezco asimismo los comentarios de los profesores José Luis Guzmán D. y Jean Pierre Matus. La versión definitiva fue posible gracias a los comentarios y sugerencias de los profesores Antonio Bascuñán, Claudia Cárdenas y Juan Pablo Mañalich. Por último, agradezco las observaciones de Javier Contesse, Juan Francisco Lobo y Javier Wilenmann. Ninguno de ellos es responsable de los errores que persisten.

** Egresado de Derecho, Universidad de Chile.

system. Also, a concrete analysis of the description of the crimes of genocide and crimes against humanity is offered.

Keywords: *Law 20.357, Rome Statute of the International Criminal Court, principle of complementarity, supralegal duties of punishment.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1 ¿EN QUÉ SENTIDO ES RELEVANTE LA LEY 20.357?¹

En estas páginas pretendo reconocer los elementos particularmente controversiales de esta ley penal especial, de modo tal de permitir un esclarecimiento respecto de los problemas a cuya resolución la doctrina penal chilena deberá dedicarse próximamente, no ya en relación a cuestiones de legitimidad formal, que ciertamente se plantearon a propósito de la búsqueda del mejor mecanismo institucional de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, sino en relación al fundamento de legitimidad material que ahora debe buscarse para los tipos penales que contiene la Ley 20.357 en términos de la pretensión de operatividad judicial que ahora reclaman.

En la segunda sección del artículo me referiré a cuestiones de implementación y a la reclamación de legitimidad material que se hace relevante en relación a las normas de comportamiento del derecho penal internacional en general. En la tercera sección me referiré a la técnica legislativa que se ha seguido en Chile para construir los tipos penales, y algunos problemas que la doctrina ya ha reconocido a este respecto. Luego ofreceré una breve conclusión.

2. CUESTIONES DE IMPLEMENTACIÓN

La premisa fundamental sobre la que descansa nuestro análisis, en lo que respecta al proceso de reconocimiento de la jurisdicción de un tribunal penal internacional y permanente, es que el Estatuto de Roma no exige la reproducción de las normas de comportamiento que en dicho cuerpo se describen², sino únicamente el reconocimiento de la

¹ Ley 20.357, publicada el 18 de julio del año 2009, tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, de competencia de la Corte Penal Internacional. El presente artículo no lo considera, pero desde ya puede consultarse el análisis que se hace de la norma en CÁRDENAS, Claudia. "La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional", en: *Revista de Derecho*, vol. 23, n° 2, diciembre 2010, pp. 23-44. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

² BASCUÑÁN R., Antonio. "El derecho penal chileno ante el Estatuto de Roma", en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4, 2004, p. 114. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. En efecto, el único deber de este tipo se formula a propósito de los delitos contra la administración de justicia que se mencionan en el art. 70-(1).

jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional. En este sentido el caso chileno es un caso peculiar, pues se caracteriza precisamente por desconocer esta aptitud o bondad de la Corte, y entender que –en cierto sentido– del Estatuto de Roma fluye la auténtica imposición de lo que el profesor Bascuñán ha denominado *deberes supralegales de tipificación*³. Sostengo que ello puede ser afirmado sobre la base de dos consideraciones. La primera relativa al papel que cumplen los artículos 5° a 8° definiendo la competencia *ratione materiae* de la Corte. La naturaleza de dicha atribución de competencia permite interpretar la formulación de la normativa del Estatuto como un “apoyo institucional para la demostración de la vigencia de las normas de comportamiento”⁴ ya contenidas –por ejemplo– en la Convención sobre el Genocidio, vinculante para Chile⁵. De este modo la imposición de un deber de tipificación previo se ve reforzado por el Estatuto aunque no impuesto por este directamente. La segunda requiere considerar la interpretación que los legisladores chilenos siguen del único deber explícito que el Estatuto exige satisfacer: reconocimiento de la jurisdicción complementaria de la Corte. A diferencia de la interpretación del ejercicio de jurisdicción complementaria como jurisdicción *concurrente*, el legislador chileno siguió una interpretación del principio como un ejercicio de jurisdicción *subsidiaria* por parte de la Corte. Luego, subsidiaria en un modo particular; subsidiaria al ejercicio de la prerrogativa exclusiva del legislador para la formulación de normas penales a nivel de derecho doméstico⁶. Tratándose

³ BASCUÑÁN R., Antonio. “Derechos fundamentales y Derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia* n° 9, 2008, p. 62. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Si de la interpretación del instrumento se concluye la exigencia de formulación de una categoría *sui generis*, adoptada por el legislador doméstico, o bien, un tipo autónomo que se encuentre dentro del catálogo de conductas punibles, de las cuales debe el legislador asociar una para la satisfacción de la necesidad de correlación, entonces tendremos un ‘deber de tipificación moderado’. Si el instrumento exige la reproducción de los tipos penales que el mismo propone, el deber de tipificación será *extremo*, en la terminología de Bascuñán.

⁴ BASCUÑÁN R., Antonio. *El derecho penal...* (n. 2), p. 113.

⁵ El Art. V, segunda parte, de la ‘Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio’, de 1948, dispone el “deber de establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio (...)”. Este instrumento fue ratificado por Chile el año 1953. Se trata por tanto de un genuino *deber de punición* incumplido por el Estado de Chile hasta la promulgación de la Ley 20.357. Véase *ibid.*, p. 115.

⁶ En la discusión en sala, el senador Espina pregunta: “¿Cuál es el efecto práctico de tipificar en nuestro ordenamiento jurídico los referidos delitos con relación a la Corte Penal Internacional?”. La respuesta depende de la comprensión de que la finalidad primordial del Estatuto es incentivar la praxis legislativa doméstica en la formulación de los tipos penales del Estatuto. Larraín, por su parte, apoya la idea y expone que la ausencia de tipificación debe entenderse como un reconocimiento de transferencia de soberanía, y por tanto *a contrario* la tipificación como una forma de ‘protección’ de la soberanía nacional (Historia de la Ley 20.357 de 18 de Julio de 2009, pp. 61-66). Esta fue la tesis sostenida por los jueces del Tribunal Constitucional, quienes, basándose en una interpretación –errónea– del Estatuto de Roma como un tratado internacional de derechos humanos, subordinado, por tanto, a la Constitución en virtud de cierta interpretación de la regla de jerarquía extraída del art. 5°, sostuvieron la vulneración del art. 73 referido a la independencia del Poder Judicial, entre varios otros (Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346. Considerando 72°. Véase un análisis de la sentencia en BASCUÑÁN, Antonio y CORREA, Rodrigo. “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 1, 2002, pp. 129 y ss. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Sobre esto también puede revisarse el artículo ‘Incidencia Parlamentaria a favor de la Corte Penal Internacional’ en VV.AA. *Corte Penal Internacional: Condiciones Políticas, Jurídicas y Ciudadanas para la Ratificación del Estatuto de Roma*, Tomo II. Santiago, Chile: Corporación Humanas, p. 113). El Ejecutivo en su informe insiste en la interpretación del principio como el establecimiento de un mandato de reforzamiento de la jurisdicción penal nacional de los Estados parte. Para sustentar dicha interpretación, sostiene que la materialización concreta del principio no proviene del ejercicio efectivo de su

del contraste entre propuestas de interpretación del principio de complementariedad –cuya base normativa es el artículo 17 del Estatuto–, la tesis de la subsidiariedad requiere ser demostrada como la propuesta plausible de un principio fundante o derivado del artículo 17. Sin embargo, es necesario reconocer que dado el carácter técnico y más bien procesal de la norma, esta posibilidad no ha sido ampliamente desarrollada⁷.

La discusión precedente nos interesa por cuanto constituye el punto de análisis óptimo para el reconocimiento del fundamento material adoptado por el legislador chileno, lo

jurisdicción por la Corte, sino más bien del compromiso que asumen los Estados que ratifican el tratado en cuanto “se integran a un sistema penal internacional y actúan en la persecución de crímenes internacionales fundamentales sujetos a la jurisdicción universal” (Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en dos proyectos de reforma constitucional en primer trámite constitucional, que facultan al Estado de Chile para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Historia de la Ley 20.357 de 18 de Julio de 2009, Mensaje del Ejecutivo, pp. 14 -21). La estrecha relación entre complementariedad y subsidiariedad también ha sido planteada por ciertos autores. Entre ellos Jo Stigen, quien sostiene que uno de los objetivos centrales del Estatuto de Roma es la salvaguarda de la soberanía nacional; esto porque reconoce como válida la premisa en virtud de la cual el derecho internacional impone restricciones materiales y substantivas a la soberanía de los Estados. Así, reconoce la seriedad del problema del fundamento político para la incorporación por parte de los Estados a la jurisdicción complementaria de la Corte, en términos de que reconoce la validez de ciertos argumentos que pretenden evitar la transferencia de soberanía que –se sostiene– supone la ratificación del Estatuto de Roma. De este modo, bajo esta particular concepción de la complementariedad como subsidiariedad, el Derecho Penal de la Corte pretende lograr un adecuado balance entre la necesidad de persecución penal de ciertos crímenes y el problema de la transferencia de soberanía jurisdiccional (STIGEN, Jo. *The relationship between the International Court and National Jurisdictions. The principle of Complementarity*. Boston, Estados Unidos: Martinus, Nijhoff Publishers, 2008, pp. 16-17. También puede resultar interesante aunque no necesariamente esclarecedor el análisis semántico que ofrece el autor del concepto ‘complementariedad’ de modo de apoyar su interpretación. Véase *ibid.*, pp. 187 y ss.). Para la profesora Claudia Cárdenas, este es un argumento de orden político-criminal para justificar la necesidad de producción legislativa penal interna. Cuando se argumenta en esta dimensión, puede agregarse que consiste en una razón fundamental a considerar el hecho de que en el Estado de Chile la aplicación del Derecho esté marcado fuertemente por la tradición legalista. Este escenario podría oponerse a la postulación –por ejemplo– de una incorporación material de los principios de la Corte a través del ejercicio argumentativo de los funcionarios judiciales (Para el caso del *common law* estadounidense véase un ejemplo de dicha posibilidad en OSOFSKY, Hari. “Domesticating International Criminal Law: bringing human rights violators to justice”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 107:191, 1997, pp. 217 y ss. New Haven, CT). La sujeción del juez a la ley y la interpretación marcadamente conservadora del artículo 76 de la Constitución impiden en Chile seguir este camino. Volviendo a la tesis de Cárdenas, la necesidad de implementación en el Derecho chileno de los tipos penales del Estatuto se relaciona en definitiva con una interpretación del principio de complementariedad bajo una lógica funcional, que otorga asimismo primacía a las legislaciones nacionales. Así, argumenta que “[e]l sistema solo funcionará adecuadamente cuando la *persecución estatal* de los crímenes de Derecho internacional, bajo consideración del injusto específico de tales crímenes, sea la *regla general*”. CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”, en: *Política criminal*, n° 2, 2006, p. 12. Talca, Chile: Centro de estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca (el énfasis es agregado).

⁷ Así por ejemplo, en el artículo de WOLFFHUGEL, G. Christian. La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad. <En línea> Disponible la World Wide Web: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-17/Civilizar_17%20art%204.pdf>; no se hace mención alguna a esta posibilidad. Se pronuncia de modo afirmativo por su parte, la profesora Cárdenas, en CÁRDENAS, Claudia, *op. cit.* (n. 6), p. 11. En todo caso, no se trata de la adherencia a ninguna tesis sino más bien la constatación de la situación en el derecho chileno. Por último, en el reciente trabajo del profesor Kai Ambos dedicado al así llamado ‘test de complementariedad’ se aprecia de modo marginal esta posibilidad, en la medida en que se considere que la falta de legislación chilena manifiesta una incapacidad por no disponibilidad. Véase AMBOS, Kai, “El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 del Estatuto de Roma)”, en: *Revista Electrónica InDret* <en línea> Barcelona, España: Generalitat de Catalunya, Departament d’ Innovació, Universitat I Empresa, 2, abril de 2010, pp. 35-36. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.indret.com/pdf/727.pdf>>

que a su vez nos interesa como herramienta conceptual para analizar los eventuales problemas de técnica legislativa que la norma pudiera sufrir. Naturalmente, en esto sigo cierta tesis de trabajo básica, según la cual ciertos intentos de adopción de normas de derecho internacional de derechos humanos –por ejemplo– representan una pretensión de derivación de deberes de establecimiento de normas punitivas a partir de prestaciones positivas (de protección) dirigidas al Estado. El modo en que esto ocurre en el derecho doméstico, por medio del ejercicio de la facultad legislativa de formulación de normas penales, nos obliga a concluir que en este ejercicio el legislador renuncia –de alguna forma– a su prerrogativa exclusiva para dotar de fundamento material a la norma penal⁸. Ahora bien, es necesario ser cuidadosos en distinguir la constatación de *deberes supraleales de punición* convencionalmente establecidos (o consuetudinariamente admitidos) de la postulación de un deber de este tipo derivado de las normas sobre derechos fundamentales o de derechos humanos. El segundo sería el caso si, por ejemplo, se postulara la necesidad de criminalizar conductas para satisfacer el mandato del artículo 28 de la Declaración Universal⁹, o en términos más específicos, se pretendiera el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2°-b de la Convención contra la discriminación de la mujer, por medio de normas penales¹⁰. No se parece esto a lo que pretende el Estatuto de Roma, puesto que no se trata de un tratado de derechos humanos ni contiene disposiciones que obliguen a los Estados a criminalizar conductas. Así las cosas, la línea argumentativa desplegada en el artículo de Bascuñán Rodríguez aquí utilizado, que desarrolla a lo menos tres órdenes de cuestiones relevantes relativas a la relación entre

⁸ Por esta razón el problema se vincula directamente con la necesaria delimitación de los deberes de punición del Poder Legislativo. De esta manera, es necesario comprender previamente el modo en que la explicitación de un deber (primario u originario) de punición dirigido al Estado puede ser postulado como la concreción de un criterio de compensación ante el ejercicio monopólico de violencia por parte del Estado. Ello permite su asociación con el principio de compensación conocido como prohibición de infraprotección, cuyo papel como criterio de legitimación constitutiva de la praxis punitiva es el de evaluar la “mayor o menor idoneidad de los posibles modos alternativos de cumplimiento de ese deber de protección [de derechos fundamentales como entidades reconocidas de modo constitutivo como necesitadas de protección]”. Como ya se puede notar, la cuestión básica de evaluación del *ius puniendi* como medio idóneo de protección de intereses es relevante en la determinación del mejor criterio de evaluación de la legitimidad material del mismo, y por lo tanto, el espacio propio de discusión a este respecto es el relativo a la viabilidad del ejercicio legislativo como ejercicio exclusivo y excluyente de la prerrogativa de formulación de normas punitivas sometidas a un estándar evaluativo de legitimación material, y luego el relativo al mejor mecanismo de control de esa práctica, no ya en términos formales –donde cumple su papel el principio de legalidad como mandato de *lex certa*–, sino en términos materiales. En otros términos, la cuestión básica a resolver aquí es la sujeción *del legislador* a la prohibición de infraprotección. MAÑALICH, R., Juan Pablo. “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas. ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?”, en: *Revista Derecho y Humanidades*, n° 11, Santiago, 2005, pp. 251-253. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Véase además sobre el paso desde la postulación de una prohibición (de defecto) a un mandato de punición, HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland, (ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007, pp. 101-103.

⁹ Sobre esto (aunque difícilmente aceptando dicha propuesta) véase POGGE, Thomas. “The international significance of human rights”, en: *The Journal of Ethics*, 4:45-69, 2000. San Diego State University, CA, USA.

¹⁰ Artículo 2°: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”.

el derecho penal internacional y el derecho doméstico –el papel del derecho internacional de los derechos humanos en el *paradigma alternativo* y la erosión de expresiones relevantes del principio de legalidad, la explicitación del vínculo entre el derecho internacional y el derecho doméstico como un vínculo que impone al último deberes de punición bajo el fundamento de la postulación de deberes de protección por parte del *paradigma alternativo*, y por último cuestiones específicas relativas a problemas de técnica legislativa que se traducen en la formulación de tipos penales de dudosa operatividad– parece no conocer como punto de referencia al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin perjuicio de ello mantengo el objetivo del presente artículo: desplegar un tentativo análisis crítico de los tipos penales de la Ley 20.375 desde el punto de vista de su pretensión de operatividad judicial, dependiendo naturalmente de un aparato conceptual que: primero, reconoce el influjo de la necesidad de reconocimiento de derechos humanos como entidades merecedoras de protección en el derecho penal internacional, y segundo, requiere alguna teoría explicativa del vínculo entre la estructura de tipos penales y la forma de las entidades que se reconocen protegidas por dichas normas. Por ello es necesario insistir en que, si bien formalmente el Estatuto reviste un carácter punitivo, ello en último término resulta irrelevante. Sostengo que existen al menos dos razones para concluir aquello, ambas presuponen de algún modo la comprensión del legislador chileno del principio de complementariedad como subsidiariedad; interpretación que ahora revela su verdadera importancia por cuanto muestra el modo en que el legislador chileno se permite, además de resguardar la soberanía del Estado, de modo paralelo, recuperar la prerrogativa exclusiva para definir el fundamento material de las normas penales que produce. Así es como aparece de modo inevitable la necesidad de enfrentar, en primer lugar, la historia de la ley, y la invocación como antecedentes jurídicos del proyecto los artículos 1° y 19 números 1 y 2 al menos, de la Constitución¹¹, en una clara referencia a la necesidad de protección de derechos fundamentales por medio de la criminalización de conductas¹². La segunda razón tiene que ver con la interpretación del texto del Estatuto y la derivación de un fundamento material que se encuentre disponible en el sentido de ser operativo judicialmente en sede de derecho doméstico. En este orden, al reconocer que los crímenes que definen la competencia de la Corte constituyen una amenaza para “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, el Estatuto está, en algún sentido, reconociendo como bienes jurídicos: la paz, la seguridad y el bienestar, en la medida en que estos sean valorados y gozados por la humanidad. Naturalmente, una cuestión es obvia: el papel que al derecho internacional se le ha conferido de modo constitutivo ha sido, en primer lugar, la protec-

¹¹ Historia de la Ley 20.357 de 18 de Julio de 2009, pp. 16 y ss. ‘Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento’.

¹² El Ejecutivo entendió del mismo modo el vínculo aunque asoció de modo erróneo el derecho del Estatuto con el Derecho Internacional Humanitario. Así, refiriéndose a la Corte, manifestó que “[s]u creación es el mecanismo adecuado para lograr la finalidad de protección del ser humano del DIH [Derecho Internacional Humanitario], pero no reemplazando la jurisdicción penal interna de los Estados Partes, sino actuando bajo el principio de complementariedad a ellas, puesto que la responsabilidad primera en su represión corresponde antes que nadie a los propios Estados”.

ción de la paz, y en segundo lugar, la seguridad, entendida esta como un valor que debe ser preservado mediante la evitación de la guerra¹³. Al mismo tiempo, estos valores aparecen reconocidos por el primer artículo de la Carta de las Naciones Unidas cuando dispone esta norma que son propósitos del organismo:

“1- Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”¹⁴.

La cuestión que es relevante notar aquí es la diferencia que existe entre esta norma y el uso de los mismos términos por parte del párrafo tercero del preámbulo del Estatuto, pues este último texto declara que la protección de dichos estados de cosas se torna relevante para el derecho penal internacional en la medida en que afectan a la humanidad. Que esto sea así no significa que luego del reconocimiento explícito de la paz, la seguridad y el bienestar se requiera además que la afectación de intereses internacionales redunde en último término en la afectación de un interés personalísimo, como la vida o la libertad de un individuo. La lógica parece ser la inversa, pues en la medida en que la afectación de intereses personales se produzca de un modo tal que sea revelador de un ataque a ‘la humanidad’, entonces se considerarán vulnerados los intereses básicos del derecho internacional, anteriores en este caso a su reconocimiento por el Estatuto de Roma¹⁵. De este modo, para postular una entidad cognoscible que represente aquellos intereses –en lo que respecta al vínculo material entre el ataque dirigido a un individuo o a un grupo de individuos y el ataque dirigido a la ‘humanidad toda’–, se reconoce en la discusión dogmática a los derechos humanos jugando ese papel.

Ahora bien, el que los derechos humanos sean la entidad reconocida como merecedora de protección por el derecho internacional no es problemático. Para cierta doctrina tampoco presenta problema alguno su reconocimiento por el derecho *penal* internacional¹⁶,

¹³ SORENSEN, Max, (ed.) “Capítulo 1: Función del derecho en la comunidad internacional”. En su: *Manual de Derecho Internacional Público*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 64-82.

¹⁴ Véase WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. La Haya, Países Bajos: T.M.C Asser Press, 2005, pp. 27-28.

¹⁵ *Ibid.*, p. 28. Asimismo, CÁRDENAS, *op. cit.* (n. 6), p. 8

¹⁶ En contra se ha manifestado el profesor Mañalich, quien asume una postura crítica principalmente respecto de la pretensión del Estatuto de Roma de lograr conmensurabilidad de los hechos que atentan contra la humanidad intentando una traducción hacia el reconocimiento de cierta agencia vulneradora de esferas de autonomía distribuidas en la forma de derechos humanos. Desde ese punto de partida encuentra Mañalich un gran punto de apoyo argumentativo en lo que podríamos llamar ‘la paradoja del derecho de los derechos humanos’, que se traduce en la ineficacia del derecho para observar a través de su código binario (legal/ilegal) los hechos constitutivos del terror del régimen nacionalsocialista en Alemania; o en el caso de Chile del régimen militar. La fuerza del argumento radica en una valoración simbólica de los

pues del mismo modo en que el Estatuto consagra un principio cuasiconstitutivo de legitimidad formal en sentido amplio, es posible que consagre, a nivel de derecho internacional, un principio de legitimidad material de la misma naturaleza. Esto no impide que se impongan las mismas restricciones adicionales que se imponen al *ius puniendi* estatal como medio de compensación del ejercicio monopólico de violencia, conocidas como principios de *ultima ratio* y fragmentación. La postulación en sede de derecho internacional de estas restricciones sugiere una demarcación y diferenciación en base a algún criterio que reconozca aquellos derechos humanos que serán efectivamente protegidos¹⁷.

No es, sin embargo, nuestro interés presente analizar la viabilidad de cierto criterio de fundamentación material referido al derecho penal internacional, sino referirnos al derecho penal doméstico. Para proceder resulta necesario esclarecer el modo en que la adopción de cierto criterio de fundamentación material ciertamente operativo en el derecho internacional, genera problemas en sede de derecho interno.

Resulta obvio que quien pretenda problematizar el vínculo en cuestión deberá hacerse cargo de la cuestión básica de la conexión entre bienes jurídicos y estructuras diversas de tipos penales, o bienes jurídicos y objeto de la acción, introduciéndose en el debate relativo a la capacidad de rendimiento del bien jurídico como criterio legitimatorio y definitorio de comportamientos penalmente tematizados. Naturalmente, el asumir esa tarea puede requerir en casos complejos como este desarrollar con un nivel de sofisticación más elevado el papel formal y sustantivo del bien jurídico, más allá del papel negativo que usualmente se le confiere, es decir, como criterio de desconocimiento o como criterio de legitimidad de normas de comportamiento cuando estas hacen referencia a un comportamiento que carece de la dañosidad social como componente¹⁸. Como premisa básica, se asume al bien jurídico como el criterio de reconocimiento o clasificación decisivo para la formación de grupos de tipos penales¹⁹. A partir de estas intuiciones básicas, Roland Hefendehl ha propuesto reco-

hechos constitutivos del terror desde el punto de vista del respeto recíproco que los seres humanos se deben. Así, apoyado en Hannah Arendt, sostiene que aquello que resulta de la masacre tenida lugar en la Segunda Guerra Mundial es la inoperatividad de cualquier categoría o criterio evaluativo de rectitud preexistente para evaluar la rectitud de esos actos. De este modo, la razón por la cual los derechos humanos encuentran un desarrollo 'paradojal' en el derecho penal de los crímenes cometidos en estados de excepción y como ejercicio de una política de terror estatal es porque deben lidiar con una fractura. Lo que pretenden dichos crímenes al ser formulados es reducir a fórmulas deónticas (lingüísticas) hechos cometidos por seres humanos contra otros seres humanos cuya gravedad rebasa todo estándar de comprensión previo. Se trata de la tesis de la inverosimilitud de la trivialización (juridificación) de lo inconmensurable (los hechos de terror o la criminalidad de excepción), apoyada en el trabajo de H. Arendt y C. Schmitt sobre la justicia transicional de la Alemania post-Segunda Guerra Mundial. Véase, en general, MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago, Chile: Editorial Flandes Indiano, 2010, pp. 30 y ss.

¹⁷ WERLE, *op. cit.* (n. 14), p. 41.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (trad. Mir Puig y Muñoz Conde). Barcelona, España: Ed. Bosch, p. 352.

¹⁹ *Ibid.*, p. 353. Además JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (trad. Miguel Olmedo) –5ª edición– Granada, España: Ed. Marcial Pons, 2002, pp. 275 y ss.

nocer al menos tres dimensiones de la relación entre bien jurídico y conducta: la primera, caracterizada por la coincidencia formal y de contenido en la utilización del bien jurídico para efectos de formulación del tipo (como sería el caso del delito de estafa, donde a partir del concepto de patrimonio como bien jurídico protegido se describe el objeto de la acción); la segunda, donde solo coincide el contenido, como sería el caso de los delitos resultativos contra la vida, donde sobre la persona debe ejecutarse la acción típica. Y una tercera, para el caso en que no existe vínculo ni formal ni de contenido, caso en el cual no habrá –según esta tesis– bien jurídico protegido alguno²⁰. La distinción permite introducir de modo preliminar el beneficio de plantear la necesidad de la disociación entre objeto material y bien jurídico para efectos –según los propósitos de Hefendehl– de reforzar la autoridad de los denominados ‘bienes jurídicos colectivos’²¹. La cuestión nos interesa por cuanto al reconocer como problemática la equiparación en situaciones de normalidad de los derechos humanos a bienes jurídicos o derechos exigibles²², asumimos el carácter disociado de los tipos penales de la Ley 20.357 en lo que respecta al vínculo entre bien jurídico y objeto de la acción, con lo que el carácter del delito de genocidio (por ejemplo) como delito de resultado entra inmediatamente en cuestionamiento. De la misma manera, ya ha sido destacado a nivel dogmático el carácter instrumental de los bienes jurídicos reconocidos en el Estatuto (la paz y la seguridad), donde la disociación es absoluta²³. Interesante sería en este punto cuestionar la tesis de los derechos humanos como bienes jurídicos en sentido instrumental en el mis-

²⁰ HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. En su: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons, 2007, p. 180.

²¹ *Ibid.*, p. 181.

²² En esto sigo los planteamientos del profesor Fernando Atria, quien ha observado que del mismo modo en como el *paradigma alternativo* afecta a la expresión del *ius puniendi* estatal, la exigencia prospectiva de protección de derechos humanos en situación de normalidad exige al juez asumir una actitud positiva, opuesta a la mera sujeción a la ley, propia de la tradición legalista del derecho, expresada en el deber de proteger derechos humanos con sus decisiones. Según Atria, desde el retorno a la democracia y en general luego de expresadas las demandas propias de una justicia de transición, la interpretación del deber de los jueces como un deber de protección de derechos humanos violados durante el régimen militar, produce un efecto posterior donde el formalismo propio de un sistema clausurado operativamente como es el sistema jurídico comienza a debilitarse, experimentando una auténtica ‘vulgarización’ de sus instituciones. Esto tiene como consecuencia en primer lugar la debilitación de la diferenciación (necesaria) entre la argumentación jurídica y la moral, y en segundo un debilitamiento de la confianza depositada en las instituciones políticas para efectos de resolver conflictos auténticamente políticos como es el caso del ejercicio de terror estatal. Cualquiera de estos dos fenómenos puede observarse –según Atria– en el camino seguido por las autoridades políticas del gobierno democrático de transición al pretender el reconocimiento de los atentados contra bienes jurídicos personalísimos (como la vida, la integridad física y la libertad de autodeterminación sexual) como violaciones a los derechos humanos. El uso del concepto ‘derecho subjetivo’ cuando se trata de la violación al mismo ocurrida por efecto de la ejecución de terror estatal y cuando es reclamada por medio de algún mecanismo judicialmente operativo y diseñado para ese efecto (recurso de protección) no alcanza –según Atria– a dimensionar la gravedad (en términos morales y metafísicos) de lo que efectivamente ha ocurrido, lo que no ocurre –por ejemplo– cuando del mismo modo se hacen reclamaciones relativas a la titularidad de derechos subjetivos provenientes de relaciones contractuales o de la institución de la propiedad. El efecto que se tiene, al pretender este grado de asimilación, para el caso del exterminio masivo de una especie o la tortura, es la juridificación de aquello que solo puede ser comprendido entre nosotros en tanto seres humanos, ajenos a la categorización institucional y en compromiso con nuestra condición humana. ATRIA, Fernando. “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, en: *Revista Estudios Públicos*, 91, 2003, pp. 45-76. Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos.

²³ CÁRDENAS, Claudia, *op. cit.* (n. 6), p. 8.

mo nivel que la paz o la seguridad. De modo intuitivo la aproximación es sensata, toda vez que no es la vida de cada miembro del grupo atacado la protegida ni aun cuando se trata del derecho humano a la vida vulnerado en circunstancias normales. La afectación se torna relevante para la Ley 20.357 solo en la medida en que la afectación de la vida, integridad física o libertad sexual que sufre un individuo se aprecia como la afectación de la humanidad toda. Solo de ese modo un homicidio vinculado concursalmente a la afectación de la vida de una pluralidad de sujetos puede distinguirse de un auténtico genocidio, o acto de destrucción propio de un crimen de lesa humanidad.

La cuestión interesa porque al hacer referencia (por ejemplo) a la paz como bien jurídico, bien puede plantearse que de lo que se trata es del goce colectivo de la paz, en tanto entidad protegida. Sin embargo, no es posible ofrecer un punto de anclaje concreto sobre el cual se pueda establecer una relación referencial con la paz como bien jurídico, siendo solo posible hablar de perturbaciones a la paz como un detrimento a la confianza en la efectividad del ordenamiento jurídico, tesis que la tradición del bien jurídico no está dispuesta a aceptar, reclamando por lo tanto el reconocimiento de un objeto de confianza supraindividual concreto para hacer referencia a la vulneración de la paz como hecho jurídico penalmente relevante²⁴. Lo mismo ocurre con la seguridad, que en nuestro derecho penal chileno ha expandido dramáticamente su espectro de referencia y ha terminado por asociarse problemáticamente a estructuras típicas caracterizadas por no requerir la auténtica vulneración del bien jurídico protegido en la forma de delitos de peligro abstracto²⁵. Este es el caso, por ejemplo, de la fundamentación material de cualquier tipo de la Ley 20.000. Según Hefendehl, estas construcciones sugieren simplemente tipos penales difusos o intermedios (entre los delitos que protegen bienes jurídicos individuales y los que protegen bienes jurídicos colectivos) y su depuración resulta conveniente para efectos de construir una teoría del bien jurídico colectivo completa y satisfactoria²⁶.

Como estructuras delictivas adecuadas a la naturaleza del bien jurídico colectivo, Hefendehl reconoce la situación del desvalor sobre la acción antes que sobre el resultado²⁷, lo que introduce un elemento de análisis interesante para problematizar en mayor medida la operatividad de la intención genocida o del tipo de incitación al genocidio.

²⁴ HEFENDEHL, Roland. *op. cit.* (n. 20), p. 186.

²⁵ En relación a esta cuestión, y expresamente en contra de la caracterización de la seguridad como un “superbién jurídico” y postulando, en vez, una concepción que la entienda como un criterio de determinación de la aptitud o posibilidad de uso y goce de auténticos bienes jurídicos, KINDHÄUSER, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, en: Revista electrónica InDret. <En línea> Barcelona, España: Generalitat de Catalunya, Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, febrero, 2009, p. 15. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>>

²⁶ HEFENDEHL, Roland. *op. cit.* (n. 20), p. 191.

²⁷ *Ibid.*, p. 194.

En este sentido, la denominación de los bienes jurídicos como colectivos permitirá, siguiendo propuestas analíticas como la de Hefendehl, reconocer estructuras típicas adecuadas. En ningún sentido podría afirmarse, en todo caso, que dicha calificación no es problemática tratándose de los tipos penales de la Ley 20.357.

Como ya fue adelantado, procedo ahora a ofrecer un análisis tentativo de los problemas de técnica legislativa que manifiestan los tipos penales de los ‘crímenes contra la humanidad’ (genocidio y crímenes de lesa humanidad), de modo de concluir este artículo con una aplicación del aparato conceptual crítico esbozado.

3. CUESTIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Respecto al crimen de genocidio, es necesario destacar antes el hecho de que su descripción proviene del instrumento internacional ya mencionado dedicado a la prevención del genocidio²⁸ y no se trata, por tanto, de una invención original incorporada en el Estatuto²⁹. De este modo, los problemas que a su respecto puedan plantearse se arrastran desde mucho antes de la promulgación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Como se sabe, el Estatuto define el genocidio como un acto consistente, o bien en la matanza de miembros de un grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de los mismos, sometimiento a condiciones de existencia destructivas, impedimento de nacimientos dentro de los mismos y traslado forzoso de miembros del mismo grupo. Los miembros del grupo objeto de alguna de estas cinco formas de agencia deben compartir una identidad colectiva. Deben constituir algo así como una nación, etnia, raza o grupo religioso (artículo 6°). En la Ley 20.357 la definición análoga se encuentra en el artículo 11 y a pesar de que reconoce los mismos criterios definitorios de una identidad colectiva (nación, etnia, raza, religión) y las mismas conductas nucleares como medios comisivos o formas de afectación, añade algunas descripciones adicionales a modo de ejemplos aclaratorios y efectúa ciertos énfasis al usar determinados conceptos. Por ejemplo, en el encabezado se destaca que ‘comete genocidio’ quien efectúa las conductas descritas, de modo que la naturaleza de la norma de comportamiento reforzada penalmente es explicitada en esta redacción y no aparece ya solo como una ‘definición’ del concepto de genocidio como puede parecer de la redacción del artículo 6° del Estatuto. Luego, el numeral tercero introduce un ejemplo de lo que podría entenderse por ‘sometimiento a condiciones de existencia que puedan acarrear la destrucción’ al mencionar la privación de acceso a alimentos o medicinas, lo que no se aprecia en la definición del artículo 6°.

²⁸ Sobre la regulación del genocidio en el derecho internacional anterior al Estatuto de Roma, véase el trabajo monográfico SCHABAS, William. *Genocide in International Law*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2000.

²⁹ SUNGA, Lyal. “La jurisdicción “*ratione materiae*” de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)”. En: AMBOS, Kai (ed.). *El Estatuto de Roma*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 243

Respecto a la determinación legal de pena, el número 1° del artículo 11, que define la primaria y más básica forma de comisión del genocidio (‘matanza de miembros de un grupo’) –a tal punto que se trata de la descontextualización de un mero delito de homicidio en una relación concursal con una multiplicidad de objetos materiales del delito–, asigna a esta conducta una penalidad cuyo rango abarca desde el presidio mayor en su grado máximo hasta el presidio perpetuo calificado, convirtiéndose, por tanto, en uno de los delitos con la mayor penalidad en nuestro sistema, así como el delito contemplado en el artículo 372 bis del Código Penal. El inciso final del artículo 11 asigna la pena de presidio mayor en cualquier grado al resto de los numerales. En todo caso, el artículo 12 asigna un marco punitivo que llega asimismo hasta el presidio perpetuo simple en el caso de que la conducta consistente en someter a un grupo a condiciones que puedan causar su destrucción provoque la muerte de uno o más miembros del grupo sometido a estas condiciones. Es decir, si culposamente un sujeto determina causalmente la muerte del miembro de un grupo por privarle de alimentos, entonces podrá merecer la pena de presidio perpetuo simple según el artículo 12.

Otra novedad la encontramos en la modalidad de ‘incitación a la comisión de genocidio’ consagrada en el artículo 13, incorporando al mismo tiempo la regla de clausura de imputación a título de autor si la incitación en realidad se configurara materialmente como autoría a título directo. En la discusión fue de importancia aclarar que la construcción provenía de la norma 3-c de la ‘Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio’, dada su peculiar naturaleza. Asimismo, consta que en opinión de los legisladores, la modalidad no es reconducible a las categorías clásicas de participación como son tratadas en los artículos 14 a 17 del Código Penal chileno³⁰.

Respecto de los problemas del tipo de genocidio se han planteado las siguientes críticas: en primer lugar, se sostiene que se trata de una definición restrictiva, que intenta evocar la aniquilación del pueblo judío durante el ejercicio de terror estatal por la Alemania nazi³¹. Luego esa descontextualización produce problemas de operatividad posteriores en lo que respecta tanto a la intención genocida como al reconocimiento de la cohesión del grupo que es objeto del ataque. Sobre lo segundo, ya Bascuñán Rodríguez se ha pronunciado en contra de la definición de genocidio como tipo penal que protege a una colectividad vinculada por una identidad o *genus*. Principalmente son dos los flancos de la crítica: en primer lugar, el papel que el elemento subjetivo cumple en su configuración, no porque pueda tornar improbable su verificación material, sino porque dota al delito de un contenido intrínsecamente discriminatorio³². Esto se explica, a su vez, por la inoperatividad de una categoría punible

³⁰ Historia de la Ley 20.357, Informe Comisión Derechos Humanos, p. 86.

³¹ RATNER, Steven *et al. Accountability for human rights atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg legacy*. –3ª edición– Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 44. Véase la ya mencionada aproximación a la cuestión de MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía, op. cit.* (n. 16), pp. 36-37.

³² BASCUÑÁN, Antonio. *Derechos fundamentales...* (n. 3), p. 65.

que al ser descontextualizada, pierde el punto de referencia histórico en el que naturalmente se apoya (la aniquilación del pueblo judío). Esta crítica es deudora de una concepción atomista del reconocimiento de entidades merecedoras de protección a partir del criterio de legitimidad material del bien jurídico. En ese orden manifiesta el autor que considera “inaceptable como principio de política criminal que la protección de una identidad colectiva tenga mayor peso específico que la protección del *interés individual* en la supervivencia”³³.

Ahora bien, sobre la cuestión de la ‘intención genocida’, en la literatura especializada se ha intentado comprenderlo como una forma especial de dolo³⁴. Asimismo se ha destacado la dificultad de reconocer en la práctica el umbral que separa la intención genocida de la práctica bélica, de donde a partir de ataques con armamento nuclear se pueden producir los efectos de la matanza colectiva de un grupo, casualmente vinculado por cierta identidad colectiva³⁵. Según el profesor Mañalich, la introducción de esta exigencia especial en lo que respecta a la intención del agente no hace sino debilitar la confianza depositada en la eficacia que reclama (y sigue reclamando) el delito de homicidio. Esta cuestión se explica nuevamente por la inoperativa pretensión de “trivialización de la inconmensurabilidad del genocidio” de la Alemania nazi. Asimismo, dota al tipo penal de la calificación de delito de ‘resultado cortado’³⁶. Bascuñán sigue una interpretación cercana por cuanto desde su perspectiva resulta urgente entender la exigencia como calificando al delito de ‘tendencia interna trascendente’³⁷, es decir, donde se exige que la intención subjetiva del autor vaya dirigida a la búsqueda de un resultado que va más allá del tipo objetivo³⁸. Como se sabe, en caso de que no se requiera una acción ulterior (como es el caso de los delitos ‘mutilados de dos actos’) para el reconocimiento de la tendencia interna trascendente, se estará en presencia de un delito de ‘resultado cortado’³⁹.

Estos problemas han provocado en los últimos años una agresiva expansión del espectro de referencia del concepto de genocidio que excede ampliamente a la definición legal y los grupos protegidos por dicha norma penal, y así surgen múltiples intentos por hacer referencia a genocidios políticos, sociales o económicos. El origen de este fenómeno se puede encontrar en el hecho de que la identidad y cohesión que antes proveían fuertemente la nacionalidad y la religión, hoy puede tornarse particularmente débil frente a un vínculo de

³³ BASCUÑÁN, Antonio. *El derecho penal...* (n. 2), p. 119.

³⁴ WERLE, Gerhard. *op. cit.* (n. 14), p. 206. También VV.AA. *Corte Penal Internacional, op. cit.* (n. 6), pp. 46-51. Asimismo, un intento de clarificación de la exigencia de intencionalidad en el genocidio, en GREENAWALT, Alexander. “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation”, en: *Columbia Law Review*, vol. 99, n°. 8, pp. 2259-2294.

³⁵ RATNER, Steven *et al.*, *op. cit.* (n. 31), p. 44

³⁶ Sobre el déficit de técnica legislativa de la descripción típica, que lo revela como un tipo incongruente por exceso subjetivo, MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía, op. cit.* (n. 16), p. 34.

³⁷ BASCUÑÁN, Antonio. *El derecho penal...* (n. 2), p. 120

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, tomo I. Madrid, España: Ed. Civitas S.A., 1997, p. 317.

³⁹ *Ibid.*

carácter político⁴⁰. Así, para Bascuñán, el reclamo del carácter intrínsecamente discriminatorio del tipo penal se traduce en la exigencia de reconocimiento de una minoría protegida cuya identidad sea transgeneracional. Esto excluye –por ejemplo– el reconocimiento de la identidad sexual o política como objetos de protección legítimos⁴¹.

En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, como comentario geográfico inicial cabe destacar el que estos sean relegados a un segundo plano a continuación del crimen de genocidio en el Estatuto, diferenciándose la Ley 20.357 que al parecer les asigna una importancia mayor, dedicándole los primeros diez artículos de su cuerpo. Por la amplitud de las conductas que permiten la calificación de un crimen como de ‘lesa humanidad’ su tratamiento sistemático resulta complejo. El primer numeral del primer artículo de la ley chilena reproduce las exigencias del primer numeral del artículo 7° del Estatuto, que es el único numeral dedicado a mencionar las conductas o medios comisivos, puesto que el resto de la norma se dedica más bien a proveer definiciones de los conceptos incorporados a la descripción del crimen del primer numeral. Una novedad de la norma chilena es el segundo numeral del mismo artículo 1°, que introduce otra exigencia necesaria para configurar el crimen (además del ‘ataque generalizado o sistemático contra una población civil’):

“2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente, responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”.

Resulta evidente el modo en que este numeral evoca la naturaleza originaria de los crímenes de lesa humanidad, concebidos en un principio como conductas ejecutadas por un aparato organizado de poder en el marco de prácticas bélicas, razón por la cual resultó siempre dificultoso distinguir estas prácticas de aquellas que, ya anteriormente, eran definidas como crímenes de guerra⁴², considerando, ciertamente, que ambas conductas suponen en realidad un grupo de prácticas, usualmente enumeradas taxativamente en las normas que los consagran. Sobre esto es importante destacar que la discusión en torno a la definición y alcance de este tipo permaneció en algún sentido detenida hasta la discusión legislativa en torno al Estatuto de Roma, y que en este proceso se consideró relevante ampliar el alcance de la norma de comportamiento excluyendo referencias específicas a conflictos armados o ejercicios de políticas de exterminio estatal⁴³. En todo caso, requerimientos de esta naturaleza permanecen en la letra *a* y en la letra *i* del segundo numeral del artículo 7° del Estatuto,

⁴⁰ RATNER, Steven *et al.*, *op. cit.* (n. 31), pp. 45-46.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² SUNGA, Lyal, *op. cit.* (n. 29), p. 246.

⁴³ *Ibid.*, p. 249.

referido el primero a la conducta de ‘ataque contra una población civil’ y el segundo a la ‘desaparición forzada de personas’, pero en ninguna parte se encuentra formulada una exigencia expresa como es el caso del segundo numeral del primer artículo de la Ley 20.357.

Un segundo aspecto que introduce mayores restricciones al alcance de la norma penal tal y como está formulada en la Ley 20.357, es que en esta se satisface el mandato de *lex certa* al excluir como modalidad de agencia calificable como crimen de lesa humanidad “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o a salud mental o física” tal y como lo consagra la letra *k* del primer numeral del artículo 7° del Estatuto⁴⁴. No se reconocen disposiciones de similar amplitud en la regulación de este delito en la Ley 20.357.

El catálogo de conductas de la Ley 20.357 es considerablemente más complejo que el del Estatuto, y se asignan diversas penalidades a través de los cinco artículos que los enuncian (arts. 5° al 10). En general puede decirse que la técnica legislativa de la ley chilena es la de calificar por medio del reconocimiento de los medios comisivos enumerados en el artículo 1° tipos penales cuya conducta nuclear se encuentra ya sancionada en la normativa penal chilena actual. Así, los artículos 3° y 4° hacen referencia a un homicidio (“la causación de la muerte de otro”), agravando su pena hasta el presidio perpetuo calificado (en el caso del artículo 3°) cuando concurren las circunstancias del artículo 1°. Misma operación efectúan los artículos siguientes en lo que respecta a los delitos de lesiones graves, aborto forzoso, privación de libertad en general, secuestro, violación, forzamiento a la prostitución y abusos sexuales. Asimismo, se reconocen interesantes introducciones de tipos penales *sui generis* de conformidad con la tendencia actual del derecho comparado e internacional, que seguramente provocarán intensos debates dogmáticos en el futuro. Así es el caso del delito de privación de capacidad de reproducción biológica del artículo 5°, n°3, el delito de esclavitud del n° 6 del mismo artículo, el delito de tortura del artículo 7°, n° 1, y el sometimiento a experimentos y otras conductas similares del artículo 8°, n° 2. Por último, también resultará interesante un análisis de la similitud en la conducta descrita en el artículo 7° numeral segundo con el artículo 11 numeral tercero, cuando el primero sanciona con presidio mayor en su grado mínimo a quien, como parte de un ataque sistemático y política estatal de terror sometiére a otro a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, tales como la privación de acceso a alimentos y medicinas, y por su parte el segundo permite aplicar cualquier grado de presidio mayor a quien ejecute la misma conducta con el propósito genocida. Por último, resulta notable el problema de proporcionalidad que en el nivel de determinación judicial de la pena puede plantearse como parte del mayor desvalor que se adjudica a la conducta genocida en razón de su carácter de delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado.

⁴⁴ Véase BASCUÑÁN, Antonio. *Derechos fundamentales...* (n. 3), p. 66. Una mención marginal al párrafo en SUNGA, Lyal, *op. cit.* (n. 29), p. 255.

4. CONCLUSIÓN

La breve descripción de los tipos penales que se ha hecho puede tener utilidad como una primera pauta para acercarse a los problemas relevantes que plantea a nivel general la ley penal especial chilena que tipifica los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. La primera sección ha tenido por objeto introducirnos al análisis de estas dificultades asumiendo como premisa de trabajo la relación que puede entablarse entre el tipo penal (su descripción y capacidad de rendimiento) y el estado de cosas que pretende protegerse con la norma. Considerando el vínculo, se ha planteado al principio que resulta necesario mirar con otra luz los aportes críticos de la doctrina penal chilena previos a la promulgación de la ley penal chilena, pues no han asumido todos ellos la pretensión del derecho penal internacional de acercarse al derecho internacional de derechos humanos por medio de la superposición de los respectivos objetos de protección de estos ordenamientos.

Por esta razón (o bien, por todas estas razones) el derecho penal internacional plantea problemas interesantes que resultan transversales a diversos ordenamientos. Se cruzan aquí ciertamente los derechos humanos con el derecho penal, pero también con el derecho internacional humanitario, el derecho de guerra y el derecho constitucional (internacional y doméstico). En este artículo se han mostrado brevemente algunas cuestiones que merecen un análisis detallado por parte de la doctrina chilena, y se ha hecho de modo de hacer un llamado a una mayor reflexión, pues con la ley penal chilena se han instalado en nuestro sistema el derecho penal internacional, los ordenamientos con los que se cruza, y los problemas que plantean estos cruces. A estas cuestiones se tiene que dedicar la doctrina en el futuro cercano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai, *El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 del Estatuto de Roma)*, Revista Electrónica InDret 2, abril de 2010.
- ATRIA, Fernando, *La hora del derecho: los 'derechos humanos' entre la política y el derecho*, en Revista Estudios Públicos, 91, 2003.
- BASCUÑÁN, Antonio y CORREA, Rodrigo, *El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno*, en Revista de Estudios de la Justicia, n° 1, 2002.
- BASCUÑÁN R., Antonio. *El derecho penal chileno ante el Estatuto de Roma*, en Revista de Estudios de la Justicia, n° 4, 2004.
- _____. *Derechos fundamentales y Derecho penal*, en Revista de Estudios de la Justicia n° 9, 2008.
- CÁRDENAS, Claudia. *Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación*, Polit. crim. N° 2, A1, 2006.
- _____. *La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional*, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIII - N° 2 - diciembre 2010.
- GREENAWALT, Alexander. *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, Columbia Law Review, vol. 99, N° 8 (Dec., 1999).
- HASSEMER, Winfried, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* (trad. Beatriz Spínola Tártalo) en Hefendehl, R.(ed.) 'La teoría del bien jurídico', Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2007.
- HEFENDEHL, Roland., *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, en Hefendehl, R., (ed.), 'La teoría del bien jurídico', Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Ed. Bosch, Barcelona.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (trad. Miguel Olmedo), 5a edición, Granada, 2002.
- KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal* (trad. Nuria Pastor M.), Revista electrónica InDret, Barcelona, febrero, 2009.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas. ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?*, en Revista Derecho y Humanidades, N° 11, Santiago, 2005.
- _____. *Terror, pena y amnistía*, Editorial Flandes Indiano, Santiago, Chile, 2010.
- OSOFSKY, Hari. *Domesticating International Criminal Law: bringing human rights violators to justice*, The Yale Law Journal, vol. 107:191, 1997.
- POGGE, Thomas. *The international significance of human rights*, The Journal of Ethics 4:45-69, 2000.
- RATNER, Steven, et. al. *Accountability for human rights atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg legacy, Third edition*, Oxford University Press, 2009.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, España 1997.
- SCHABAS, William. *Genocide in International Law*, Cambridge University Press; 1 edition, 2000.
- SORENSEN, Max. (ed.) *Manual de Derecho Internacional Público*, Primera edición reimpressa, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- STIGEN, Jo. *The relationship between the International Court and National Jurisdictions. The principle of Complementarity*, Martinus, Nijhoff publishers, Boston, 2008.

SUNGA, Lyal. La jurisdicción “ratione materiae” de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma). En: AMBOS, Kai (ed.). *El Estatuto de Roma*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999.

VV.AA. *Corte Penal Internacional: Condiciones Políticas, Jurídicas y Ciudadanas para la Ratificación del Estatuto de Roma*, tomo II, Corporación Humanas, Chile.

WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, La Haya, Holanda: Asser Press, 2005.

WOLFFHUGEL, Christian. *La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad*. <En línea> Disponible en la World Wide Web: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-17/Civilizar_17%20art%204.pdf>