

Honorable Corte de Constitucionalidad

Inconstitucionalidad parcial de Ley de carácter General por omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, en la tipificación del delito de Tortura en el artículo 201 Bis del Código Penal

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider
Interponente,

Ministerio Público
Congreso de la República

Entidades a quienes deberá conferirse audiencia.

INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL POR OMISIÓN NUEVA

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider
Marjorie Bosque Domínguez
Hernán Antonio Herrera González
19 Avenida 5-01 zona 15
Vista Hermosa I
Guatemala, Ciudad.
Email:alexanderaizenstatd@hotmail.com

Abogados Auxiliares,

Notificaciones,

20 de mayo del 2011

— ◆ —
INDICE DE CONTENIDOS

INDICE DE CONTENIDOS	2
ÍNDICE DE CASOS CITADOS	4
I. Decisiones de Tribunales Nacionales	4
II. Decisiones de Tribunales Internacionales.....	5
III. Decisiones de Tribunales Extranjeros.....	7
EXPONGO.....	8
I. Auxilio profesional.....	8
II. Lugar para recibir notificaciones.....	8
III. Motivo de mi comparecencia.....	8
IV. Entidades a quienes deberá conferirse audiencia	9
a) Ministerio Público,	9
b) Congreso de la República,	9
HECHOS.....	9
I. Identificación precisa de la norma que se estima inconstitucional.	9
II. Exposición clara y razonada de los motivos jurídicos sobre los cuales descansa la inconstitucionalidad.	13
a) Sumario	13
b) Inconstitucionalidad por Omisión	14
b.1) La reparación en las inconstitucionalidades por omisión.....	17
c) La Tortura	21
d) La Tortura es una norma inderogable e inmodificable del <i>ius cogens</i>	27
e) Violación al Derecho a la Integridad y Seguridad (Artículos 2 y 3 de la Constitución Política de la República).....	31
f) Violación al Derecho a la Igualdad (Artículo 4 de la Constitución Política de la Republica).....	34
g) Violación a la Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (<i>Artículo 46 de la Constitución Política de la República</i>).	37
g.1) Violación en referencia a los artículos 2 y 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	43
g.2) Aplicación específica y diferenciada del principio de preeminencia de tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando la norma impugnada establece un delito.....	47
h) Violación a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al <i>ius cogens</i> como un derecho inherente a la persona y como deber de actuar para contribuir a la paz y respeto de los derechos humanos (<i>Artículo 44 y 149 de la Constitución Política de la República</i>).	48
i) Conclusión.....	56
FUNDAMENTO DE DERECHO	58
PETICION.....	60
I. De Trámite:	60

-
- ◆ **Apéndice A:** Tabla Comparativa sobre la definición de tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el Artículo 201 Bis del Código Penal.
 - ◆ **Apéndice B:** Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Parte I.
 - ◆ **Apéndice C:** Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
 - ◆ **Apéndice D:** Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, selecciones de los Informes sobre los períodos de sesiones 56, suplemento No. 44 (A/56/44) y 53, suplemento No. 44 (A/54/44) en relación a Guatemala.
 - ◆ **Apéndice E:** Artículo 201 Bis del Código Penal (norma impugnada por omisión).

— ◆ —

ÍNDICE DE CASOS CITADOS

I. Decisiones de Tribunales Nacionales

A. Corte de Constitucionalidad

1. Corte de Constitucionalidad. Voto razonado del Magistrado Gabriel Larios Ochaita en Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 364-90. Gaceta No. 20. Sentencia del 26 de junio de 1991;
2. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 639-95, Gaceta No. 42. Sentencia del 11 de diciembre de 1996;
3. Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 30-2000. Gaceta No. 58. Sentencia del 31 de octubre del 2000;
4. Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001;
5. Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002;
6. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expedientes Acumulados 12-2004 y 213-2004. Gaceta No. 73. Sentencia del 20 de julio del 2004;
7. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2394-2004. Gaceta No. 79. Sentencia del 28 de marzo del 2006;
8. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2706-2005. Gaceta No. 79. Sentencia del 7 de febrero del 2006;
9. Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 2949-2006. Gaceta No. 83. Sentencia del 18 de enero del 2007;
10. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 1179-2005. Gaceta No. 84. Sentencia del 8 de mayo del año 2007;
11. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General. Expedientes Acumulados Nos. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007. Gaceta No. 87. Sentencia del 8 de enero del 2008;
12. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 2376-2007. Gaceta No. 88. Sentencia del 9 de abril del 2008;
13. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del 5 de febrero del 2009;
14. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 794-2010. Sentencia del 1 de junio del 2010;
15. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 3004-2007. Gaceta No. 92. Sentencia del 10 de junio del 2009;
16. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1210-2007. Gaceta No. 93. Sentencia del 8 de julio del 2009;
17. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3396-2008. Gaceta No. 93. Sentencia del 9 de julio del 2009;
18. Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 3878-2007. Gaceta No. 94. Sentencia del 21 de diciembre del 2009;

19. Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General por Omisión. Expediente No. 2242-2010. Sentencia del 22 de febrero del 2011.

II. Decisiones de Tribunales Internacionales

A. Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake v. Guatemala (Fondo). Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36;
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69;
3. Voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade párr. 10 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C. No. 75;
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103;
5. Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103;
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A No. 18;
7. Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18;
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110;
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114;
10. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114;
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137;
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147;
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153;

14. Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade. Párr. 28 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154;
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160;
16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164;
17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186;
18. Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga en Corte Interamericana. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205;
19. Voto Razonado Concurrente del Juez Ramón Cadena en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211;
20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215;
21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218;

B. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Michael Domingues v. Estados Unidos (fondo). Informe No. 62/02. Caso 12.285, informe del 22 de octubre del 2002.

C. Corte Europea de Derechos Humanos

1. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Selmouni Vs. Francia. App. No. 25803/94 del 28 de julio de 1999;
2. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Al-Adsani Vs. Reino Unido. App. No. 35763/97 del 21 de noviembre del 2001. Opinión Disidente de los Jueces Rozakis y Caflish a la cual se unieron los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić;
3. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Kalashnikov Vs. Rusia. App. No. 47095/99 del 15 de julio de 2002.

D. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

1. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T;
2. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Sentencia), IT-96-21-T;
3. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T;

E. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu (Sentencia), ICTR-96-4-T, párr. 593.

III. Decisiones de Tribunales Extranjeros

A. Corte Constitucional de Colombia

1. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz;
2. Corte Constitucional de Colombia C488-08 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio 22 de julio del 2009.

B. Cámara de los Lores del Reino Unido

1. Cámara de los Lores del Reino Unido. Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998.

C. Sala Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América

1. Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos. Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir.1980).

INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL
POR OMISIÓN AL NO INCLUIRSE AL CASTIGO, LA DISCRIMINACIÓN O
CUALQUIER OTRO FIN, COMO FINALIDADES DE LA TORTURA, NI A LA
APLICACIÓN SOBRE UNA PERSONA DE MÉTODOS TENDIENTES A
ANULAR LA PERSONALIDAD DE LA VÍCTIMA O A DISMINUIR SU
CAPACIDAD FÍSICA O MENTAL, AUNQUE NO CAUSEN DOLOR FÍSICO O
ANGUSTIA PSÍQUICA EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TORTURA EN
EL ARTÍCULO 201 BIS DEL CÓDIGO PENAL

**INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LEY DE CARÁCTER GENERAL
POR OMISIÓN NUEVA**

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider, de treinta años, soltero, Abogado y Notario, guatemalteco, de este domicilio, atentamente comparezco y al efecto,

— ◆ —
EXPONGO

I. Auxilio profesional.

Para el planteamiento de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 literal d) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, actúo bajo mi propio auxilio profesional y el de los abogados:

- Marjorie Bosque Domínguez, y
- Hernán Antonio Herrera González.

quienes en adelante podremos actuar conjunta o separadamente, de manera indistinta.

II. Lugar para recibir notificaciones.

Señalo mi oficina profesional ubicada en la diecinueve avenida cinco guión cero uno de la zona quince, Vista Hermosa I de esta ciudad capital (19 Ave. 5-01 z. 15 V.H. I. Guatemala. Guatemala) como lugar para recibir notificaciones.

III. Motivo de mi comparecencia.

Comparezco, como ciudadano afectado, a interponer acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica en la tipificación del delito de tortura en el artículo 201 Bis del Código

Penal. Esto contraviene los derechos a la Integridad, Seguridad, Igualdad, Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens*¹ y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actividades según reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho inherente a la persona aunque no figure expresamente en el texto constitucional. Todo lo anterior reconocido por los artículos 2, 3, 4, 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

IV. Entidades a quienes deberá conferirse audiencia.

En el presente caso según el artículo 139 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad deberá darse audiencia a las siguientes entidades:

a) Ministerio Público,

que puede ser notificado en la sede de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal ubicada en la sexta avenida número cinco guión sesenta y seis, zona uno, Edificio El Sexteo, de esta ciudad (6ª avenida, 10-66, zona 1, Edificio El Sexteo, Guatemala, Ciudad).

b) Congreso de la República,

que puede ser notificado en su sede, ubicada en la novena avenida, número nueve guión cuarenta y cuatro de la zona uno de esta ciudad (9ª avenida, 9-44, zona 1, Guatemala, Ciudad).

Todo de conformidad con la siguiente exposición de,



HECHOS

I. Identificación precisa de la norma que se estima inconstitucional.

El artículo 201 bis que establece el delito de tortura fue adicionado al Código Penal por medio del Decreto No. 58-95 del Congreso de la República de fecha diez de agosto de mil novecientos noventa y cinco, publicado en el Diario de Centroamérica el once de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

El artículo 201 bis del Código Penal señala:

¹ Normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admite acuerdo en contrario (Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

“Tortura. Art. 201 Bis. Comete del delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

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

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

El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años.^{2”}

Tanto el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas como la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han señalado que la tipificación del delito de tortura en el Código Penal guatemalteco es inadecuada y no se ajusta a estándares internacionales. El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas al examinar el artículo 201 bis del Código Penal guatemalteco ha señalado reiteradamente que es defectuoso e inconsistente con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Al efecto, el Comité contra la Tortura ha resaltado que esta incompleta tipificación es motivo de preocupación y que es necesaria su adecuación a los estándares internacionales para este crimen³. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su más reciente informe sobre Guatemala ha destacado específicamente que la tipificación del delito de tortura en Guatemala es inadecuada⁴.

² Artículo adicionado al código penal por el artículo 1 del decreto No. 58-95 del Congreso de la República del 10 de agosto de 1995 publicado en el Diario de Centroamérica el 11 de septiembre de 1995, en vigencia desde el 19 de septiembre de 1996.

³ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Chile (2005) p. 161.

⁴ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala. UN Doc. No. A/HRC/13/26/Add.1 del 3 de marzo del 2010 párr. 44.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, debidamente ratificada por el Estado de Guatemala⁵, al definir la Tortura señala:

Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, **de castigarla** por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, **o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación**, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. –el resaltado es propio–

Adicionalmente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, debidamente ratificada por el Estado de Guatemala⁶, en su artículo segundo señala:

Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, **como castigo personal**, como medida preventiva, como pena **o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...** -el resaltado es propio-

⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Ratificada por el Estado de Guatemala por medio de Decreto No. 52-89 del Congreso de la República de fecha 2 de octubre de 1989 publicado en el Diario de Centro América el 8 de diciembre de 1989.

⁶ Ratificada por medio de Decreto No. 64-86 del Congreso de la República del 11 de noviembre de 1986 publicado en el Diario de Centro América el 24 de febrero de 1987. Luego modificado por medio de Decreto No. 23-90 del Congreso de la República del 26 de abril de 1990 publicado el 11 de mayo de 1990 por medio del cual se deja sin efecto la reserva hecha a la Convención.

El estándar internacional, debidamente aceptado por el estado de Guatemala, sobre la definición del delito de tortura, incluye necesariamente que se tipifique que puede cometerse con la finalidad de castigo, discriminación y cualquier otro fin. La definición del Código Penal Guatemalteco no incluye estas finalidades. Además incluye “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. La norma penal impugnada únicamente incluye conductas que causen dolores o sufrimientos graves, por lo que contradice la norma internacional citada. Si bien, la definición contenida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es aún más amplia que la contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes al establecer “cualquier otro fin”, prevalece la de mayor alcance, según el mismo Artículo 1 sección 2 de la Convención contra la Tortura, ya que “abre la posibilidad de dar preferencia a otros instrumentos que dispongan normas de mayor alcance, siendo este uno de los antecedentes en que se fundamenta el desarrollo progresivo de la prohibición [de la Tortura]”⁷.

Por este medio interpongo acción de inconstitucionalidad parcial de ley de carácter general por omisión al no incluirse al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica en el delito de tortura regulado en el artículo 201 bis del Código Penal. Esto contraviene los siguientes derechos constitucionales: Integridad y Seguridad (artículos 2 y 3), Igualdad (artículo 4), Preeminencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (artículo 46) y la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como deber del Estado de normar sus actuaciones con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos y como un derecho humano inherente a la persona aunque no figure expresamente en la Constitución (artículos 44 y 149 de la Constitución).

⁷ Liliana Galdámez. La Noción de Tortura en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista CEJIL. Año I No. 2 (2006) p. 90.

II. Exposición clara y razonada de los motivos jurídicos sobre los cuales descansa la inconstitucionalidad.

a) Sumario

El artículo 201 bis del Código Penal establece los elementos del delito de tortura en la legislación nacional. Para el efecto establece que las únicas finalidades específicas para su comisión son “obtener de [la víctima] o de un tercero información o confesión” o que “se persiga intimidar a una persona o, por ese medio a otras personas”. Si el delito se comete con la finalidad de castigar, discriminar o cualquier otro fin, no se encuentra contemplado en la tipificación. Además señala que la actividad criminal debe causar dolor o sufrimiento grave, por lo que excluye la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo primero, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo segundo, así como la doctrina y jurisprudencia internacional establecen que el castigo, la discriminación y cualquier otro fin son también finalidades penalizadas de la tortura. Además prohíben la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Al no incluir a estos elementos esenciales de la tortura en la tipificación del delito se han infringido por omisión las siguientes disposiciones constitucionales: **1)** la integridad y seguridad (artículos 2 y 3) porque deja fuera de la tipificación de la tortura elementos esenciales y por lo tanto no se penalizan como tortura acciones que ponen en grave riesgo la integridad y seguridad de las personas; **2)** derecho a la igualdad (artículo 4) ya que no se incluye a la finalidad de discriminación como elemento de la tortura; **3)** la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 46) al omitir elementos de la definición de tortura en la tipificación del delito de tortura se contravienen los artículos 1, 2 numerales 1 y 4 numeral 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes , 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y; 2 y 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos **3.1)** Esto debe tomar en consideración que el análisis de constitucionalidad en la colisión entre normas ordinarias que establecen delitos y los tratados internacionales en materia de derechos

humanos constituyen casos específicos y diferenciados a los analizados por la Corte en su jurisprudencia hasta ahora. Esto en virtud de que los instrumentos internacionales no establecen el delito, sino la obligación de tipificarlo en la legislación nacional y que el principio de que no hay delito sin ley anterior impide al juzgador simplemente aplicar la norma internacional prevaleciente en un proceso penal; y 4) la obligación del Estado de adoptar medidas de prevención y sanción de delitos considerados como graves violaciones al *ius cogens* y a los derechos humanos como un derecho inherente a la persona humana aunque no figure expresamente en el texto constitucional y como deber de actuar con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y defensa de los derechos humanos (artículos 44 y 149).

b) Inconstitucionalidad por Omisión

La presente acción de inconstitucionalidad se fundamenta en la contravención a disposiciones constitucionales en virtud de que se omitió incluir al castigo, la discriminación y cualquier otro fin como finalidades penalizadas de la tortura en el artículo 201 bis del Código Penal. Además se omitió incluir la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, tal y como establece la Convención Interamericana sobre la materia. Este Tribunal ya ha reconocido expresamente en la sentencia de inconstitucionalidad por omisión del 22 de febrero del 2011, Expediente No. 2242-2010, su facultad para actuar en casos de inconstitucionalidad por omisión y al efecto, ha señalado:

“El principio de supremacía constitucional, sustento del constitucionalismo contemporáneo, supone necesariamente el control y la sanción consecuente de las infracciones a la Carta Magna, las que pueden originarse tanto en acciones que violenten la ley fundamental como en omisiones que contraríen los preceptos que ella consagra. La encargada por mandato constitucional de salvaguardar dicho principio es la Corte de Constitucionalidad, siendo su función esencial de velar por la eficacia normativa de la Constitución Política de la República de Guatemala.

De ahí que el incumplimiento a una norma constitucional, por acciones u omisiones, imponga la obligación del Tribunal

Constitucional de analizar bajo cualquier parámetro la posible afectación a la efectiva norma fundamental”⁸.

Antes del reconocimiento expreso antes citado, esta Corte ya había señalado en *obiter dicta* que la omisión del organismo legislativo en la emisión de una ley ordenada por la Constitución constituye una contravención a un mandato de la norma suprema⁹. Además de la jurisprudencia de este Tribunal, la inconstitucionalidad por omisión es un concepto que ha sido reconocido por gran parte de la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales más avanzados¹⁰.

La inconstitucionalidad por omisión tiene su fundamento en el principio de supremacía constitucional, el cual establece que las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las leyes y que los órganos de poder deben sujetar su actuación a ésta¹¹. La Corte de Constitucionalidad ha sostenido que la supremacía constitucional “implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado Constitucional de Derecho”¹². Esto implica que los poderes constituidos están sujetos al control constitucional tanto en sus actos como en sus omisiones.

⁸ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General por Omisión. Expediente No. 2242-2010. Sentencia del veintidós de febrero del dos mil once.

⁹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3722-2007. Gaceta No. 91. Sentencia del cinco de febrero del dos mil nueve.

¹⁰ Véase por ejemplo: Néstor Pedro Sagüés. *Teoría de la Constitución*. Editorial Astrea. Buenos Aires (2001) p. 264-266 y 484; Víctor Bazán. *La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 475-506 (2006) < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr23.pdf>> (6 Junio 2010); Martín J. Risso Ferrand. *Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 11-36 (2001). <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr3.pdf>> (6 Junio 2010); Luz Bulnes Aldunate. *La Inconstitucionalidad por Omisión*. 4 No. 1 Estudios Constitucionales 251-264 (2006). < http://www.cecoc.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_14.pdf> (6 Junio 2010) y; Javier Tajadura Tejada. *La Inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*. 271-295. < <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2455/8.pdf>> (6 Junio 2010).

¹¹ Artículos 44 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala (“Constitución”); 3 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

¹² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 639-95, Gaceta No. 42. Sentencia del once de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

La Constitución encarga a la Corte de Constitucionalidad como función esencial “la defensa del orden constitucional”¹³. Esta defensa requiere que la Corte asegure el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y que sancione todas las violaciones al mismo. Las infracciones al orden constitucional pueden cometerse a través de actos positivos (acciones) o a través de la falta de actividad para hacer valer lo establecido por la norma constitucional (omisiones). Las disposiciones de la Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que según su artículo 2 deben interpretarse de forma extensiva, son amplias en cuanto a la forma en que se pueden cometer violaciones al orden constitucional y no limitan el campo de actividad de este Tribunal en el control abstracto de constitucionalidad únicamente a casos relacionados con acciones¹⁴. El actuar pasivo es también constitucionalmente relevante. Por ello, tanto las acciones como las omisiones pueden contravenir el orden constitucional. Siendo así, la Corte de Constitucionalidad debe hacer valer la defensa del orden constitucional independientemente de la forma en que éste sea violentado, incluyendo las omisiones.

El tratadista Víctor Bazán sostiene que “la supremacía constitucional involucra no sólo el control constitucional sobre acciones que la violenten sino también a las omisiones igualmente inconstitucionales, cuya posible configuración debe ser analizada con prudencia y rigor”¹⁵. Explica este autor además que:

“es claro que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino también, por omisión; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de tal modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria...”¹⁶.

¹³ Artículo 268 de la Constitución y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

¹⁴ Artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad señala que: “Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional”.

¹⁵ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 208 (2004).

¹⁶ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 199 (2004). <http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/205_225.pdf> (6 Junio 2010)

La Corte de Constitucionalidad como máxima garante de la Constitución debe de actuar también cuando se contravienen las disposiciones constitucionales por omisión legislativa, “en caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador”¹⁷. Se dejaría al agrado o no del poder legislativo cumplir con un mandato constitucional. Por lo tanto, este tribunal en cumplimiento de su función esencial como defensor del orden constitucional y de velar por la eficacia normativa de la Constitución debe actuar también cuando una omisión legislativa impide a un individuo o colectividad el disfrute de sus derechos constitucionales. Es por ello que ante una omisión de un ente legislativo que contraviene los derechos otorgados por el poder constituyente se presenta esta acción requiriendo que la Corte actúe en resguardo del orden constitucional.

b.1) La reparación en las inconstitucionalidades por omisión

El objetivo de la presente acción no es la expulsión del ordenamiento jurídico del delito de tortura, esto conllevaría graves violaciones al bien jurídico que tutela. La expulsión del ordenamiento jurídico de esta norma, aunque fuera de manera temporal, tendría efectos irreversibles. Esto liberaría de responsabilidad penal nacional a cualquier acusado o condenado por ese delito en el pasado, todo de conformidad con los principios que establecen que no hay delito sin ley anterior y la retroactividad de la ley cuando beneficia al reo¹⁸. Eso sería una grave e irreparable contravención a las obligaciones del Estado frente a sus habitantes y a sus compromisos internacionales. Es por ello que esta acción solicita que se ordene al Congreso de la República que agregue los elementos omitidos en la definición de la tortura sin que por ello se expulse del ordenamiento jurídico la norma existente.

Las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión requieren que el Tribunal dicte resoluciones que van más allá del simple análisis de la validez jurídica de la disposición que se estima inconstitucional. No puede dictarse simplemente un pronunciamiento estimativo o desestimativo. Es por lo tanto que la situación que se presenta ante este tribunal requiere la emisión de una sentencia que la doctrina

¹⁷ Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 208-09 (2004).

¹⁸ Artículos 15 y 17 de la Constitución.

clasifica como atípica. Entre estas se encuentran las “exhortativas” e “interpretativas”. Este tribunal en su jurisprudencia ya ha dictado varias sentencias atípicas¹⁹.

El Doctor Néstor Pedro Sagüés explica que una sentencia exhortativa es aquella que “encomienda al poder legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto”²⁰. Estas sentencias tienen su fundamento en el respeto a la atribución del órgano legislativo como representante de la legitimidad democrática. Sin embargo, al ordenar la corrección del vicio inconstitucional otorga instrucciones precisas y plazos establecidos. Sobre este punto el Dr. Sagüés al analizar la sentencia exhortativa de -inconstitucionalidad simple- la define como:

“aquella en que un Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución”²¹.

Esta Corte ya ha empleado este tipo de sentencias por medio de las cuales se ordena al Congreso emitir una norma. Al efecto ha resuelto que:

“Se ordena al Congreso de la República, que en atención a lo considerado en este fallo, dicte la normativa correspondiente en virtud de la cual se aborde bajo los parámetros aludidos, la temática de los hijos nacidos en los trescientos días posteriores a la disolución de un vínculo conyugal.”²²

¹⁹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 1210-2007. Gaceta No. 93. Sentencia del 8 de julio del 2009; Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 3004-2007. Gaceta No. 92. Sentencia del diez de junio del dos mil nueve; Inconstitucionalidad General. Expedientes Acumulados Nos. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007. Gaceta No. 87. Sentencia del 8 de enero del 2008; Voto razonado del Magistrado Gabriel Larios Ochaita. Inconstitucionalidad Total. Expediente No. 364-90. Gaceta No. 20. Sentencia del 26 de junio de 1991.

²⁰ Néstor Pedro Sagüés. Las Sentencias Constitucionales Exhortativas. 4 No. 2 Estudios Constitucionales. 192 (2006).

²¹ Néstor Pedro Sagüés. Las Sentencias Constitucionales Exhortativas. 4 No. 2 Estudios Constitucionales. 194 (2006).

²² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 794-2010. Sentencia del primero de junio del 2010.

Además, en varias ocasiones ha exhortado al organismo legislativo para que realice: la reforma al Código de Salud respecto a las sanciones por publicidad no autorizada²³; la emisión de legislación respecto a la falsedad en la declaración de tarifas aplicables a la propaganda electoral²⁴; la reforma legal estableciendo las consecuencias de la falta de presentación del timbre forense en memoriales dirigidos a tribunales²⁵; y armonizar el Código Municipal y la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo,²⁶ esto último lo ha tenido que solicitar nuevamente dentro de un proceso subsiguiente;²⁷ e incluso una tercera vez²⁸.

La Corte Constitucional de Colombia, en reiteradas ocasiones ha acogido acciones de inconstitucionalidad por omisión y ha ordenado al Congreso modificar un tipo penal. Este Tribunal ha sostenido que si bien el poder legislativo tiene un margen de acción en la configuración de las normas penales “ese margen de discrecionalidad del Legislador no puede concebirse en términos absolutos, pues la actividad punitiva del Estado encuentra límites formales y materiales, que se derivan tanto de la Constitución como de las normas que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad”²⁹.

Como ejemplo ilustrativo, dentro de situaciones en que hay vicios de inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) también ha requerido al organismo legislativo la corrección de la norma que se estima inconstitucional dentro de un plazo fijado por

²³ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 2949-2006. Gaceta No. 83. Sentencia del dieciocho de enero del dos mil siete

²⁴ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2394-2004. Gaceta No. 79. Sentencia del veintiocho de marzo del dos mil seis.

²⁵ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2706-2005. Gaceta No. 79. Sentencia del siete de febrero del dos mil seis.

²⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 1179-2005. Gaceta No. 84. Sentencia del ocho de mayo del año dos mil siete.

²⁷ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Total. Expediente No. 2376-2007. Gaceta No. 88. Sentencia del 9 de abril del 2008.

²⁸ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente No. 3878-2007. Gaceta No. 94. Sentencia del veintiuno de diciembre del dos mil nueve. (“se colige que a la fecha aún no ha sido consolidada una plataforma legal que en el ámbito nacional regule de manera integral y eficaz el derecho de consulta de los pueblos indígenas”).

²⁹ Corte Constitucional de Colombia C488-08 Ponente Jorge Iván Palacio 22 de julio del 2009.

esta³⁰. Señala la doctrina además que el remedio en casos similares al de la presente acción de inconstitucionalidad por omisión requiere que el tribunal “recomiende u ordene al órgano legislativo, que no ha cumplido con su obligación constitucional de desarrollar ciertos preceptos, que dicte las leyes ordinarias que sean necesarias para dar eficacia a preceptos de obligatorio desarrollo”³¹. Al efecto, cabe señalar que en estas situaciones resalta el Doctor Néstor Pedro Sagüés “cabe reconocerle al interesado la facultad de reclamar al poder judicial el libramiento de *un mandato de ejecución* dirigido al parlamento, para que en cierto plazo cubra su inacción”³².

Es necesario señalar a este Tribunal que no puede ignorar que en gran parte de las sentencias exhortativas antes citadas, el Congreso de la República no ha cumplido con emitir las normas señaladas por esta Corte. La más antigua de ellas fue dictada hace más de cinco años y el Congreso aún no ha emitido la norma requerida³³. Tomando en cuenta que la omisión legislativa constituye un agravio constitucional continuado, en resguardo del orden constitucional, no puede este Tribunal permitir que quede a la simple voluntad de la entidad que ha cometido la violación repararlos. En su caso podría retardar perpetuamente el cumplimiento de la emisión de la norma requerida, lo cual constituye una continua contravención al orden constitucional y a la autoridad de esta Honorable Corte. Por lo tanto, además de la emisión de una sentencia ordenando al Congreso de la República la modificación del tipo penal, será necesario que se establezca un plazo para su debido cumplimiento. Este plazo deberá tomar en cuenta la complejidad de la actividad legislativa sin olvidar que mientras no sea rectificadada la norma existe una grave violación constitucional.

Esta acción solicita se declare el vicio de inconstitucionalidad y se requiera al Congreso de la República su corrección por medio de una reforma que agregue el castigo, la discriminación y otros fines como finalidades del delito de Tortura y la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o

³⁰ Robert Alexy citado por Víctor Bazán. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. 2 Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 209 (2004).

³¹ Luz Bulnes Aldunate. La Inconstitucionalidad por Omisión. 4 No. 1 Estudios Constitucionales 251-254 (2006).

³² Néstor Pedro Sagüés. Teoría de la Constitución. Editorial Astrea. Buenos Aires (2001) p. 265.

³³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad Parcial. Expediente No. 2706-2005. Gaceta No. 79. Sentencia del siete de febrero del dos mil seis.

angustia psíquica como parte de la definición. Todo dentro de un plazo establecido por la Corte, sin que por ello se declare la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 201 bis del Código Penal.

c) **La Tortura**

La Tortura es uno de los crímenes que mayor regulación y prohibición encuentran en el derecho internacional. La Tortura se encuentra prohibida por el Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”); el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”); el artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”); el artículo 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”) y artículo 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ‘Carta de Banjul’ (“Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos...”), entre otros de los más significativos tratados internacionales.

Además de los instrumentos citados, la tortura se encuentra específicamente regulada y definida por dos tratados internacionales debidamente aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala: La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, define la tortura como:

Artículo 1. ...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o

una confesión, **de castigarla** por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, **o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación**, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. —el resaltado es propio-

La Convención contra la Tortura fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por consenso y luego ratificada por más de 109 Estados sin reservas u objeciones sobre la definición de la tortura. De ahí que el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso *Furundzija* haya sostenido que “todos los miembros de las Naciones Unidas concurrieron en y apoyaron esa definición”³⁴. Más adelante en el caso *Kunarac* el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia resaltó ese punto y sostuvo que los elementos del delito establecidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura son de aceptación general en el derecho internacional³⁵.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia también resaltó en el caso *Delalic* que la tortura además constituía una contravención al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra³⁶. Además destacó que la prohibición de la tortura, incluyendo todos sus elementos, es ahora parte del *ius cogens* y uno de los “más fundamentales estándares de la comunidad internacional”³⁷.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda también ha adoptado los elementos de la tortura establecidos en la Convención contra la Tortura, y en el caso *Akayesu* señaló que la tortura consiste en:

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 160.

³⁵ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia Vs. Dragoljub Kunarac, Radimir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párr. 474.

³⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Sentencia), IT-96-21-T, párr. 441.

³⁷ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Sentencia), IT-96-21-T, párr. 454 y Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radimir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párr. 466.

“cualquier acto por medio del cual se cause grave dolor o sufrimiento, ya sea físico o mental, infligido de manera intencional sobre una persona con finalidades tales como obtener de ella o de una tercera persona información o una confesión, **como castigo** por un acto que ella o una tercera persona haya cometido o se sospecha que haya cometido, o para intimidarla o coaccionarla o a una tercera persona, **o por cualquier otro motivo basado en discriminación de cualquier tipo**, cuando tal dolor o sufrimiento es infligido por o bajo la instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de un agente del Estado o cualquier otra persona actuando bajo carácter oficial”³⁸ – el resaltado es propio-

El Tribunal Penal para Ruanda en el caso *Akayesu* además proporcionó un detalle específico de los elementos del delito de tortura conforme el derecho internacional, al efecto señaló que estos necesariamente incluían:

- (i) El victimario debe infligir intencionalmente grave dolor o sufrimiento físico o mental a la víctima por uno o más de las siguientes finalidades:
 - a) para obtener información o una confesión de la víctima o de un tercero;
 - b) para **castigar** a la víctima o a un tercero por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido cualquiera de ellos;
 - c) con el objetivo de intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero;
 - d) **por cualquier motivo basado en discriminación de cualquier tipo**.
- (ii) El victimario era un agente del Estado o actuaba bajo la instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial o persona actuando en su capacidad oficial³⁹. – el resaltado es propio-

El artículo 2 de la Convención contra la Tortura señala que la definición de tortura “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Al efecto la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, constituye uno de estos casos ya que amplía las finalidades por las cuales un acto debe de considerarse tortura. Al efecto la Convención Interamericana sobre la Tortura, debidamente ratificada por Guatemala, señala:

³⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu (Sentencia), ICTR-96-4-T, párr. 593.

³⁹ Véase Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu (Sentencia), ICTR-96-4-T, párr. 594.

“Artículo 2. ...[S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...” -el resaltado es propio-

Esta Convención establece, entre otras finalidades, que el delito de tortura se comete como medio de castigo personal o con cualquier otro fin. Es decir, que se establece un tipo abierto en cuanto a la finalidad del crimen. El Código Penal Guatemalteco es muy restrictivo y no contempla estas finalidades. De ahí que pueda apreciarse la incongruencia entre la norma que se estima inconstitucional y la definición de tortura aceptada por la comunidad de naciones. El castigo, la obtención de una falsa confesión, la renuncia, la discriminación entre otras finalidades han sido históricamente motivos que han llevado a la tortura.

Además, la Convención citada establece expresamente que se considera tortura también “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. Impedir conciliar el sueño, sometimiento constante a música estridente, ser obligado a realizar conductas humillantes o denigrantes, la amenaza de tortura (mostrando implementos de tortura), la profanación de objetos de gran valor religioso frente a la víctima, entre otros, son métodos de tortura que no causan grave dolor físico y que se encuentran prohibidos por la definición internacional de tortura, sin embargo escapa la definición de tortura en la norma impugnada en esta acción. El Código Penal en su artículo 201 bis, únicamente contempla como tortura actos que conlleven dolores o sufrimientos graves, razón por la cual es evidente la contradicción con la normativa internacional.

El Comité contra la Tortura ha señalado que “[l]os Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación penal, de conformidad, como mínimo, con los elementos de la tortura que se definen en el artículo 1 de la

Convención...⁴⁰. Al analizar el artículo 201 bis impugnado tanto el Comité contra la Tortura como la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han señalado que es deficiente e incongruente con la Convención⁴¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado además que a la definición contenida en la Convención Interamericana contra la Tortura no pueden restársele elementos en la tipificación nacional. Al efecto el Tribunal Interamericano en el caso *Goiburú* señaló que la definición de la tortura constituye “un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar”⁴². Además señaló que “la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional [...] pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar”⁴³. El artículo 201 bis del Código Penal, no incluye todos los elementos de la tortura establecidos en la Convención.

Además de los instrumentos internacionales específicos sobre la tortura, este delito encuentra sustancial regulación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. La tortura, y su definición de conformidad con el ámbito de los derechos humanos, es un tema que ha sido abordado en numerosas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 5 numeral dos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”. El artículo 2 del Pacto de San José impone a los Estados la obligación de adoptar medidas legislativas de derecho interno con tal de hacer valer estos derechos. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bueno Alves* señaló que “la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los

⁴⁰ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 8.

⁴¹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala. UN Doc. No. A/HRC/13/26/Add.1 del 3 de marzo del 2010 párr. 44.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92.

Derechos Humanos”⁴⁴. En ese caso reiteró que la prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional.”⁴⁵.

En *Bueno Alves* el Tribunal Interamericano también realizó un análisis detallado de los tres elementos de la tortura de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos. Al efecto la Corte indicó que “los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”⁴⁶.

Para obtener una explicación más detallada de los elementos de la tortura, es útil acudir al voto concurrente de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Juez Cecilia Medina Quiroga en el caso *Campo Algodonero*. La Juez explica que “[l]a intencionalidad se refiere a la conciencia del sujeto de que está realizando un acto que va a causar un sufrimiento o un sentimiento de humillación y el propósito se refiere a las razones por las cuales lo ejecuta: dominación, discriminación, sadismo, logro de alguna acción u omisión de la víctima u otros”⁴⁷. De ahí concluye que “hay tres elementos en la tortura que no son objetados y que constituyen, por consiguiente, *jus cogens*: i) el sufrimiento o dolor severos, físicos o mentales, ya sea por acción u omisión; ii) la intencionalidad del acto y iii) la motivación o fin del acto para conseguir algo”⁴⁸.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271; Caso *Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 117 y Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 222.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76; Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215 párr. 120. Véase además el Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga en Corte Interamericana. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

⁴⁷ Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga párr. 3 en Corte Interamericana. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

⁴⁸ *Id.*

En el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, la Corte Interamericana ahondó en la definición de la tortura y señaló que incluye “métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo...”⁴⁹. El objetivo de la tortura es “destruir deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y voluntad de comunidades enteras”⁵⁰. De ahí que también sea necesario prohibir actos que anulen la personalidad de la víctima o disminuyan su capacidad aunque no causen graves dolores. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la privación del sueño, exposición a ruidos continuos, incesantes interrogatorios constituyen tortura pueden tener a anular la personalidad de la víctima, aunque no causen dolores o sufrimientos físicos⁵¹. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura explica que según el derecho internacional de los derechos humanos, las finalidades por las cuales se comete tortura no son restrictivas. Al efecto señala que la intencionalidad puede estar motivada por: a) obtener información o confesión; b) castigo; c) intimidación o coerción; d) discriminación de cualquier tipo, o e) cualquier otro motivo⁵².

El artículo 201 bis impugnado es incongruente con la definición de la tortura ya que únicamente contempla la “información y confesión” e “intimidar o coaccionar” entre las finalidades de la tortura, ni incluye a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

d) La Tortura es una norma inderogable e inmodificable del *ius cogens*.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 91.

⁵⁰ V. Iacopino citado por Protocolo de Estambul. Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra (2001) p. 1.

⁵¹ Argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 78.

⁵² Relator Especial sobre la Tortura. Reporte del Relator Especial Señor P. Kooijmans. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Doc. No. E/CN.4/1986/15 (1986) párr. 36.

El Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade expresó que “la práctica de la tortura es un infierno a amenazar la propia civilización”⁵³. La Tortura, según la definición establecida en la Convenciones ratificadas por Guatemala ha sido reconocida por innumerables autores y decisiones de tribunales (nacionales e internacionales) como una de las pocas normas que han alcanzado el carácter de *ius cogens*⁵⁴. Es decir, como una “norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario”⁵⁵. Una norma de *ius cogens* según ha establecido esta misma Corte de Constitucionalidad es una norma que afecta los intereses de la comunidad internacional y amenaza la paz y seguridad mundial⁵⁶. El mismo Congreso de la República ha señalado que: “la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional que forma parte del *ius cogens*...”⁵⁷.

El carácter imperativo de *ius cogens* de la definición de la tortura ha sido reiterado además por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Maritza Urrutia*, *Daniel Tibi*, *Hermanos Gomez Paquiyauri*, *Goiburú*, *Bueno Alves*, *Cantoral Benavides*, entre otros⁵⁸. En el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, el

⁵³ Voto Razonado del Juez Cançado Trindade párr. 24 en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114

⁵⁴ Véase entre muchos otros: Antonio Cassese. *International Law*. (Oxford U. Press) (2005) p. 445-446; Antonio Cançado Trindade. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content* en XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OAS (2008); *La Tortura en el Derecho Internacional. Guía de Jurisprudencia*. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Asociación para la Prevención de la Tortura (2008) p. 172; Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103; Comisión Internacional de Juristas. *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 3*, Ginebra (2008) p. 20 y Relator Especial sobre la Tortura. Reporte del Relator Especial Señor P. Kooijmans. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Doc. No. E/CN.4/1986/15 (1986) párr. 3.

⁵⁵ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados firmada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por el Congreso de la República por medio del Decreto No. 55-96 del 26 de junio de 1996.

⁵⁶ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI.

⁵⁷ Congreso de la República, Decreto No. 40-2010 del 6 de octubre del 2010, considerando II.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 92; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 111; Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95; Caso *Bueno*

Tribunal Interamericano destacó su jurisprudencia reiterada sobre que “la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional”⁵⁹. Al efecto, el Ex Presidente de ese Tribunal, Juez Cañado Trindade señaló que “la prohibición categórica y absoluta de la tortura en cualesquiera circunstancias que recae en el dominio del *ius cogens* internacional, es una conquista definitiva de la civilización”⁶⁰. El carácter de *ius cogens* de la tortura también ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶¹.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha reiterado el carácter de *ius cogens* de la definición de la tortura⁶². El Tribunal Europeo en el caso de *Kalashnikov* señaló que la prohibición contra la tortura “contiene uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas”⁶³. En *Selmouni* el Tribunal reiteró que la prohibición de la tortura como parte del derecho internacional de los derechos humanos no permite excepciones y es inderogable incluso en situaciones que amenacen la existencia misma del Estado⁶⁴.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia también ha sostenido reiteradamente que la tortura es una norma de *ius cogens* inmodificable. En el caso

Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76-79; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92; y Voto Concurrente del Juez Antonio Cañado Trindado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 71.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 92; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 112; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95 y; Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 143.

⁶⁰ Voto Concurrente del Juez Antonio Cañado Trindade párr. 6 en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 92.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, Doc. No. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 155.

⁶² Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Al-Adsani Vs. Reino Unido. App. No. 35763/97 del 21 de noviembre del 2001. Opinión Disidente de los Jueces Rozakis y Caflish a la cual se unieron los jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić.

⁶³ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Kalashnikov Vs. Rusia. App. No. 47095/99 del 15 de julio de 2002.

⁶⁴ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Selmouni Vs. Francia. App. No. 25803/94 del 28 de julio de 1999, párr. 95.

Furundzija señaló que la prohibición contra la tortura ha alcanzado el mismo estatus en el sistema normativo internacional como la prohibición contra el genocidio y la discriminación racial⁶⁵. En los casos *Delalic* y *Kunarac* el tribunal señaló que la tortura, incluyendo a todos sus elementos, es parte del *ius cogens* y uno de los “más fundamentales estándares de la comunidad internacional”⁶⁶.

Sobre este punto también es útil acudir a la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales de otros países. Al efecto, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito Federal de los Estados Unidos de América en el caso *Filártiga v. Peña-Irala* señaló que “el torturador se ha convertido como el pirata y el que traficaba esclavos antes de él, en un *hostis humani generis*, un enemigo de la humanidad”⁶⁷. Así también la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso *Regina v. Bartle Ex Parte Pinochet* señaló que “la prohibición de la tortura ha adquirido el estatus de *ius cogens* en el derecho internacional y la tortura se ha convertido en un crimen internacional”⁶⁸.

Por lo tanto, la tortura, como una norma de *ius cogens* reconocida por la comunidad de naciones civilizadas, no permite derogación o reducción alguna en los elementos de su tipificación. Al no incluirse todos sus elementos en la definición contenida en el Código Penal guatemalteco se han contravenido derechos humanos garantizados por disposiciones constitucionales, tratados internacionales en materia de derechos humanos y normas internacionales imperativas de *ius cogens*.

Luego de establecidos los antecedentes respectivos expongo a continuación de manera clara y razonada la confrontación entre la omisión en la norma que se estima inconstitucional y las disposiciones constitucionales aplicables que permitirán a este Tribunal apreciar el vicio de inconstitucionalidad.

⁶⁵ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 147.

⁶⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Sentencia), IT-96-21-T, párr. 454 y Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párr. 466.

⁶⁷ Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos. *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir.1980).

⁶⁸ Cámara de los Lores del Reino Unido. *Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet* (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998 párr. 6.

e) Violación al Derecho a la Integridad y Seguridad (Artículos 2 y 3 de la Constitución Política de la República).

"A Jesús le comenzaron a golpear en la boca hasta romperle los dientes, luego se los sacaron con cuchillo y se los iban haciendo tragar, de uno en uno, mientras lo interrogaban [...] le agarró la lengua y amenazó a Jesús con cortársela, [...] sacaron un palo donde tenían colgadas una fila completa de lenguas y le dijeron: "La tuya será la próxima". Golpearon fuertemente a Jesús y luego, le cortaron la lengua..."⁶⁹ Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico

El Artículo 2 de la Constitución establece: "[e]s deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona." El Artículo 3 de la Constitución señala: "[e]l Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona." Ambos artículos protegen el derecho a la Integridad y Seguridad.

En virtud de las disposiciones antes citadas el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar la Integridad y Seguridad. Explica el Dr. Sierra González que estos derechos requieren que el Estado garantice a los gobernados "que no se dañe, menoscabe o lesione su cuerpo, salud física y salud mental, que no se ponga en peligro su existencia"⁷⁰. El derecho constitucional a la Integridad, requiere que el Estado tome las acciones necesarias para que no se dañe física o mentalmente a sus habitantes. El derecho a la Seguridad implica que el Estado tomará las acciones necesarias para garantizar que los ciudadanos no se vean arriesgados o colocados en situaciones de peligro.

El Estado debe garantizar los derechos a la Integridad y Seguridad reduciendo o eliminando los actos que atenten contra los mismos, particularmente aquellos que se produzcan con la intervención, apoyo o aquiescencia de agentes estatales. Jurídicamente, la forma en que se lleva a cabo la obligación de proteger y garantizar a los habitantes sus derechos es por medio de la prohibición de los actos que conlleven

⁶⁹ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: Memoria del Silencio. (1999) Tomo II. Vol. 2. Párr. 612.

⁷⁰ José Arturo Sierra González. Derecho Constitucional Guatemalteco. (Ed. Fenix) (2006) p. 148.

una vulneración a los mismos. En particular, de aquellas conductas dolosas que atenten gravemente contra estos derechos constitucionales. En resguardo de estos derechos, las violaciones más graves deben ser castigadas por medio de sanciones penales. Es decir, para cumplir con la obligación de garantizar y proteger los derechos fundamentales el Estado debe como mínimo, prohibir los actos que constituyan las más graves violaciones a los mismos y castigar a aquellos que las realicen. Particularmente en casos como la tortura, donde el sujeto activo actúa con el apoyo, autorización o aquiescencia de un agente estatal. El objetivo de la tipicidad es “indicar a los ciudadanos [y agentes del Estado] que comportamientos están prohibidos y espera con la conminación penal contenida en los tipos que se abstengan de realizar la conducta prohibida”⁷¹. Al no hacerlo, los pone en riesgo e incumple con su obligación de proteger y garantizar sus derechos fundamentales.

El reconocimiento de la tortura como delito y el establecimiento de sanciones significativas para los que la cometan, tiene como objetivo precisamente la protección de la integridad y seguridad. El Relator de Naciones Unidas sobre Tortura ha señalado que “la tortura es la violación por excelencia de la integridad física y mental”⁷². El Centro de Rehabilitación e Investigación de las Víctimas de la Tortura pone como ejemplos de métodos de tortura física: los golpes sistemáticos, violencia en los órganos genitales, violación sexual, tortura eléctrica, sofocación, quemaduras, suspensión prolongada y mutilaciones⁷³. La Comisión de Esclarecimiento Histórico encontró evidencia de por lo menos 11,598 víctimas de tortura en Guatemala entre los cuales se utilizó “golpes sistemáticos, cortes y/o heridas, privación de sueños y/o alimentos, torturar o matar a otros en su presencia, quemaduras, suspensión y/o colgaduras, asfixias y/o inmersiones y otras como tortura sexual, tortura eléctrica, tortura farmacología y tortura dental.”⁷⁴. De ahí que la prohibición de la tortura tenga como objetivo precisamente proteger la integridad y seguridad de las personas.

⁷¹ Eduardo González Cauhapé-Cazaux. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco. (Fundación Myrna Mack) (1998). p 35.

⁷² Relator Especial sobre la Tortura. Reporte del Relator Especial Señor P. Kooijmans. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Doc. No. E/CN.4/1986/15 (1986) párr. 4.

⁷³ Lone Jacobsen y Peter Vesti. Sobrevivientes de la Tortura: Un Nuevo Grupo de Pacientes. Consejo Internacional para la Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura. Dinamarca (1993) p. 14-17.

⁷⁴ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: Memoria del Silencio. (1999) Tomo II. Vol. 2. Párr. 551 y 587

Por medio de la tipificación del delito de Tortura el Estado ha cumplido en parte con su deber de proteger y resguardar los derechos a la Integridad y Seguridad de las personas. Pero para ello no basta establecer un tipo penal y denominarlo tortura. Más bien deben de incluirse como parte del tipo penal todos sus elementos. El Código Penal incluye la tipificación de la tortura, sin embargo en su definición no se ha incluido a todos los elementos de la tortura. Al omitir el castigo, la discriminación y cualquier otro fin como parte del tipo penal, el Estado ha excluido de la protección del tipo penal todo acto de tortura que se realice con esa intencionalidad. Al omitir la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, también ha excluido de la protección del tipo penal esas conductas. Al no estar prohibidos, implícitamente consciente su perpetración y coloca en peligro a todo individuo. Según lo establecido en el Código Penal, infligir dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con el objetivo de castigar, discriminar o cualquier otro fin, pueden realizarse en Guatemala sin que constituyan tortura. La realización de actos que tiendan a disminuir o anular la personalidad de la víctima, si no causan dolores graves, no constituyen tortura en nuestro Código Penal. Eso es una contravención a los derechos constitucionales de todos los habitantes.

Cabe aclarar además que la desprotección de tales actos en el tipo penal de la tortura no puede suplirse acudiendo a otros tipos penales, como las lesiones, pues ambos delitos protegen distintos bienes jurídicos. La naturaleza única y especial de la tortura implica que su tipificación deficiente no pueda suplirse con otros tipos penales, pues hay una sustancial diferencia de fondo entre condenar por lesiones e imputar responsabilidades por el delito de tortura. Al efecto el Comité contra la Tortura ha señalado que “[a]l tipificar el delito de tortura separadamente del de lesiones y otros delitos análogos, el Comité considera que los Estados Partes promoverán directamente el objetivo general de la Convención de impedir la tortura...”⁷⁵. Además señaló que la tipificación aislada de la tortura servirá para advertir de: “[i] la gravedad especial del delito de tortura..., [ii] reforzar el efecto disuasorio de la prohibición..., [iii] facilitar la tarea de los funcionarios competentes a la hora de detectar el delito específico de tortura, y [iv] se pondrá a la opinión pública

⁷⁵ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 11.

en condiciones de observar y, en su caso, de oponerse a todo acto u omisión del Estado que viole la Convención.”⁷⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi* señaló que era inadecuado suplir la inadecuada tipificación de la tortura con el delito de lesiones y ordenó al Estado la incorporación del delito de tortura como un tipo específico⁷⁷. Sobre este punto también es conveniente citar sobre este punto a la Corte Constitucional de Colombia. La Corte Colombiana ha señalado que es inadmisibles acudir a otras figuras penales para suplir deficiencias en la tipificación de la definición de crímenes internacionales. Al efecto ha señalado que eso desconocería su especificidad y “la importancia de incriminar las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad”⁷⁸.

El Estado, según los artículos 2 y 3 de la Constitución, tiene el deber de garantizar y proteger los derechos a la Integridad y Seguridad. Para hacer valer ese derecho debe como mínimo sancionar penalmente las actividades que constituyan graves violaciones a esos derechos. Si bien, al tipificar el delito de tortura en el artículo 201 bis del Código Penal ha buscado resguardar esos derechos en cuanto a algunos supuestos muy restringidos, ha excluido de esa protección cuando se comete tortura con la finalidad de castigar, discriminar o cualquier otro fin o a la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Por lo tanto esa omisión constituye una violación al deber constitucional del Estado de proteger y resguardar la Integridad y Seguridad.

f) Violación al Derecho a la Igualdad (Artículo 4 de la Constitución Política de la Republica).

⁷⁶ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 11.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi* Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 252 literal g).

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz.

“A [la víctima], que estaba embarazada, la violan. Luego la cortan con cuchillo, degollándola y finalmente le abren el vientre. Ya tenía ocho meses de embarazo. Le arrancan al niño y luego intentan quemarla.” Comisión de Esclarecimiento Histórico⁷⁹

El Artículo 4 Constitucional señala: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Respecto al principio de Igualdad La Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que su importancia es primordial ya que:

“sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.⁸⁰

La protección en contra de la discriminación es precisamente uno de los valores fundamentales reconocidos por la Constitución. Para ello debe adoptar medidas legislativas que prohíban actos discriminatorios⁸¹. En cuanto a la definición de los elementos de la tortura el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha señalado que “[e]l principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención [contra la Tortura]”⁸². Ha señalado que por eso “[l]a no discriminación se incluye en la propia definición de la tortura...que prohíbe expresamente los actos

⁷⁹ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: Memorial del Silencio. Capítulo II, Vol. 3 (1999). Párr. 146.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A No. 18. párr. 101.

⁸¹ Sobre la evaluación del derecho a la igualdad véase generalmente: Najman Alexander Aizenstatd. Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales para la Evaluación de Limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad en Opus Magna Constitucional Guatemalteco, Corte de Constitucionalidad, Tomo II p. 429-454 (2011).

⁸² Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 20.

especificados cuando se cometen por ´cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”⁸³.

La finalidad de la discriminación como elemento de tipificación en el delito de tortura es esencial para combatir la discriminación. El Comité contra la Tortura ha señalado que “[l]a protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor riesgo de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura”⁸⁴. Razón por la cual los Estados están obligados a incluir la finalidad de discriminación como parte del tipo penal y proteger a los miembros de grupos vulnerables contra la discriminación. La Comisión de Esclarecimiento Histórico señaló que más del 85% de las víctimas de la tortura durante el enfrentamiento armado eran mayas⁸⁵.

La discriminación es un elemento fundamental de la Tortura. El género, la raza, nacionalidad, religión, orientación sexual, situación de extranjería son comúnmente motivos en que los victimarios fundamentan actos de tortura⁸⁶. En el caso de la *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, El Juez Ad Hoc Cadena destacó el uso de la violación sexual como método de tortura en contra de mujeres⁸⁷. El Comité contra la Tortura ha resaltado que la discriminación es un factor importante para concluir si se ha cometido tortura⁸⁸. Históricamente también la discriminación ha sido finalidad de la tortura, así en Roma la intolerancia religiosa conllevó a la tortura en contra de los cristianos como castigo o para que renunciaran a su fe. Sin embargo, a pesar de sus raíces históricas, en Guatemala la tortura con esas finalidades no se encuentra contemplada por la tipificación de ese delito en el Código Penal.

⁸³ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 20.

⁸⁴ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 21.

⁸⁵ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: Memoria del Silencio. (1999) Tomo II. Vol. 2. párr. 694.

⁸⁶ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 21-23.

⁸⁷ Voto Razonado Concurrente del Juez Ramón Cadena en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

⁸⁸ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 21-23.

La Convención La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, debidamente ratificada por el Estado de Guatemala, incluye a la discriminación como uno de los elementos de la tortura. Esto según se ha fundamentado es esencial para proteger a grupos vulnerables y como obligación del Estado de combatir la discriminación. La exclusión de este elemento del tipo penal pone en riesgo a los grupos vulnerables y constituye una omisión injustificable que contraviene el principio de igualdad.

g) Violación a la Preeminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*Artículo 46 de la Constitución Política de la República*).

El artículo 46 de la Constitución señala: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Esta disposición establece una jerarquía normativa entre los tratados internacionales y la legislación nacional.

El Relator Especial sobre la Tortura ha señalado que la Tortura es una de las pocas conductas que se encuentran absolutamente prohibidas sin reservas en el derecho internacional⁸⁹. La tortura se encuentra expresamente prohibida por el Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además se prohíbe y define expresamente por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ambos tratados en materia de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado. La tortura es un delito contrario al espíritu y fines del derecho internacional de los derechos humanos y que todo el mundo condena. El mismo decreto del Congreso de la República que aprobó la Convención contra la Tortura señaló que: “la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes constituyen serias violaciones a los derechos humanos”⁹⁰.

⁸⁹ Relator Especial sobre la Tortura. Reporte del Relator Especial Señor P. Kooijmans. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Doc. No. E/CN.4/1986/15 (1986) párr. 3.

⁹⁰ Congreso de la República, Decreto No. 52-89 del 12 de octubre de 1989, considerando IV.

Por medio de estos instrumentos internacionales se persigue castigar a los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos y como tal deben clasificarse como convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. Esta Corte ya ha señalado que los tratados cuyo contenido fusiona las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y las violaciones a los Derechos Humanos entran al ordenamiento jurídico guatemalteco “como uno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere el artículo 46 de la Constitución Política de la República y por ello, con preeminencia sobre el Derecho Interno”⁹¹.

El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes define la tortura de la manera siguiente:

“[S]e entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, **de castigarla** por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en **cualquier tipo de discriminación**, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. – el resaltado es propio-

El artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura define la tortura como:

“[S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, **como castigo personal**, como medida preventiva, como pena **o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...**” -el resaltado es propio-

⁹¹ Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI.

Esta definición, en su conjunto, entendida de manera progresiva según el artículo 1 numeral 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en principio *pro homine* en materia de derechos humanos, incluye como elementos de tipicidad a la finalidad de castigar, discriminar o cualquier otro fin y prohíbe la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. La suscripción y ratificación de esos tratado internacionales en materia de derechos humanos conlleva a que el Estado de Guatemala reconoce y acepta la definición de la tortura con todos sus elementos de tipicidad, incluyendo la finalidad de castigo, discriminación y cualquier otro fin y la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes impone a los Estados tipificar el delito de tortura en sus ordenamientos penales, según la definición contenida en el instrumento internacional. Al efecto esa Convención señala:

“Artículo 2 numeral 1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.”

“Artículo 4 numeral 1. Todo Estado velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.”

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura también dispone la obligación de tipificar en el ordenamiento nacional el delito de tortura según se define en el instrumento internacional. Al efecto esta Convención señala:

“Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.”

“Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.” – El resaltado es propio -.

El compromiso adoptado por medio de los artículos citados obliga al Estado de Guatemala a establecer el delito de tortura dentro de su legislación penal incluyendo todos los elementos del tipo penal en la definición internacional. El mismo decreto que estableció el 201 penal señaló “[q]ue es necesario adecuar la legislación interna a los postulados de los instrumentos internacionales en materia de protección de la persona humana contra todo tipo de trato cruel o degradante”⁹². Es decir reconoce la obligación de penalizar conforme a los instrumentos citados. Sin embargo, esta obligación debe cumplirse respetando los elementos de tipicidad y la definición establecida por las mismas Convenciones. Esta definición incluye al castigo, la discriminación y cualquier otro fin y a la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No puede pues, un Estado pretender cumplir con la obligación de penalizar la tortura cambiando sus elementos de tipicidad o definición. Los tratados deben cumplirse según su texto y de conformidad con el principio de buena fe. Al respecto esta honorable Corte ha señalado que la buena fe: “implica el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Ello es así atendiendo a que según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone debe cumplirse de buena fe no pudiendo invocarse para su incumplimiento el derecho interno”⁹³.

El Código Penal en su artículo 201 bis establece el delito de tortura pero no incluye los mismos elementos del tipo penal reconocidos en las convenciones internacionales sobre la materia. Al efecto incluye un tipo penal más restrictivo que no incluye como mínimo los elementos acordados en los instrumentos internacionales. Esta norma entra en abierta oposición a la definición contenida en las

⁹² Decreto del Congreso de la República No. 58-95, del 10 de agosto de 1995, Considerando Segundo.

⁹³ Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001.

normas internacionales citadas. La incongruencia entre la definición nacional y la contemplada en las normas internacionales es evidente.

El Comité contra la Tortura ha señalado que “[l]os Estados Partes deben tipificar y castigar el delito de tortura en su legislación penal, de conformidad, como mínimo, con los elementos de la tortura que se definen en el artículo 1 de la Convención...”⁹⁴. El mismo Comité contra la Tortura y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han señalado que la tipificación del delito de tortura en el artículo 201 bis del Código Penal Guatemalteco no cumple con los requisitos mínimos y es incongruente con la Convención⁹⁵.

Por medio de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el Estado se ha obligado a cumplir con sus obligaciones por a través de obligaciones específicas, en ese caso por medio del establecimiento de la Tortura, conforme la definición convencional, como un delito. La única forma de cumplir con esta obligación es a través del establecimiento de una figura típica penal que contenga, como mínimo, los mismos elementos de tipicidad que la establecida por la definición de los instrumentos internacionales. El Comité contra la Tortura ha señalado que esta obligación se cumple cuando los Estados “procedan a incorporar en su derecho interno el delito de tortura y adopten una definición de tortura que abarque todos los elementos contenidos en [la Convención]”.⁹⁶ Es decir, la definición acordada por la Convención constituye un mínimo de protección, si lo estimare conveniente el Estado podría acordar un estándar mayor de protección, pero no uno menor. Señala la doctrina que “[a]l tipificar las graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el derecho internacional en sus legislaciones penales

⁹⁴ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención, párr. 8.

⁹⁵ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Chile (2005) p. 161 y Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala. UN Doc. No. A/HRC/13/26/Add.1 del 3 de marzo del 2010 párr. 44.

⁹⁶ Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre Italia, UN. Doc. CAT/C/ITA/CO/4, 18 de mayo de 2007, párr. 5.

internas, los Estados deben observar las definiciones de los crímenes proveídas por el derecho internacional...la tipificación del delito debe reflejar como mínimo los elementos que caracterizan la definición del delito prescrita por el derecho internacional”⁹⁷. El artículo 201 bis del Código Penal, no contiene como mínimo todos los elementos de tipicidad de la tortura establecidos en las Convenciones y por lo tanto es contrario a normas prevalecientes en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Goiburú* ya ha señalado que la diferencia entre la tipificación internacional y nacional del delito de tortura viola los derechos humanos, al efecto la Corte señaló que:

“[E]n relación con la obligación general establecida en el artículo 2 de la Convención [Interamericana contra la Tortura] y las específicas obligaciones contenidas en las Convenciones Interamericanas sobre la materia señaladas, el Estado se obligó a tipificar las conductas de tortura y desaparición forzada de personas de manera consonante con las definiciones allí contenidas. No obstante, el Tribunal considera que si bien los tipos penales vigentes en el Código Penal paraguayo sobre tortura y “desaparición forzosa” permitirían la penalización de ciertas conductas que constituyen actos de esa naturaleza, un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas

⁹⁷ La Tortura en el Derecho Internacional. Guía de Jurisprudencia. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Asociación para la Prevención de la Tortura (2008) p. 71.

que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar⁹⁸.

Al no incluir al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, el artículo 201 bis del Código Penal, una norma ordinaria, contraviene la definición de la tortura y la obligación de establecer sanciones penales que la castiguen conforme los artículos 1, 2 numerales 1 y 4 numeral 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y, 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Considerando que estos son tratados internacionales en materia de derechos humanos que tienen preeminencia sobre el derecho interno, la omisión contenida en el artículo 201 bis del Código Penal constituye una violación a las Convenciones citadas y por lo tanto una contravención inadmisibles al artículo 46 de la Constitución.

g.1) Violación en referencia a los artículos 2 y 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En adición a la violación a las Convenciones específicas sobre tortura antes citadas, la inadecuada tipificación de la tortura en el ordenamiento legal interno también constituye una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sanción y prevención de la tortura es esencialmente un tema en materia de derechos humanos. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bueno Alves* señaló que “la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁹⁹. Al efecto, el artículo 5 numeral 2 del Pacto de San José señala expresamente que:

“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 271; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 117 y Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 222.

En adición a la prohibición, el Convenio también contiene la obligación de adoptar medidas legislativas para hacer esa prohibición efectiva por medio de sanciones. El artículo dos de la citada Convención señala:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

El artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana establece el derecho a estar libre de tortura. El artículo 2 establece la obligación de los Estados de garantizar los derechos establecidos en la Convención por medio de medidas legislativas de orden interno. La forma primordial de garantizar ese derecho es a través de la sanción penal. Es decir que para garantizar el derecho a estar libre de tortura los Estados deben de tipificarla como delito en sus ordenamientos penales. Sin embargo, para ello no basta con que se establezca un delito y se le denomine tortura, pues deben de cumplirse los requisitos de la tortura conforme esta actividad es entendida en el sistema interamericano de derechos humanos. En caso contrario un Estado podría establecer delitos de diversa índole o incompatibles con el espíritu y sentido de la norma convencional en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en numerosas ocasiones cuales son los elementos de la tortura referida en el artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para ello basta ver su reiterada jurisprudencia en los casos *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, *Daniel Tibi Vs. Ecuador*, *Hermanos Gomez Paquiyauri Vs. Paraguay*, *Goiburú Vs. Paraguay*, *Bueno Alves Vs. Argentina*, *Cantoral Benavides Vs. Perú*, entre otros¹⁰⁰. La Corte Interamericana ha

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 92; Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95; Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76-79; Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92; y Voto Concurrente del

señalado expresamente que “los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”¹⁰¹. Además ha señalado expresamente que entre la finalidad se encuentra el castigo, la discriminación y cualquier otro fin¹⁰². También ha reiterado que en la definición de la tortura se incluyen “métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo...”¹⁰³. El objetivo de la tortura es “destruir deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y voluntad de comunidades enteras”¹⁰⁴.

Es claro que de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos los Estados tienen la obligación de penalizar el delito de tortura, conforme a los elementos que la misma Corte Interamericana ha reconocido. La Corte Interamericana en los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *Velez Lloor Vs. Panamá*, *Gioburú Vs. Paraguay* y *Tibi Vs. Ecuador*, ya ha ordenado a los Estados adecuar la tipificación del delito de tortura en sus ordenamientos jurídicos internos a la definición internacional de la tortura¹⁰⁵. En el caso *Velez Lloor* la Corte señaló que los

Juez Antonio Cançado Trindado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 71.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215 párr. 120. Véase además el Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga en Corte Interamericana. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

¹⁰² Voto Concurrente de la Jueza Cecilia Medina Quiroga párr. 3 en Corte Interamericana. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 91.

¹⁰⁴ V. Iacopino citado por Protocolo de Estambul. Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra (2001) p. 1.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 párr. 259; Caso Vélez Lloor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 196; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 179 y Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 252 literal g).

Estados de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos tenían la obligación de tipificar adecuadamente el delito de tortura en su legislación interna¹⁰⁶. Al efecto ha considerado que una tipificación inadecuada o incongruente es una violación de los Derechos Humanos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de *Heliodoro Portugal*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado de Panamá adecuar la regulación del delito de Tortura en su Código Penal a los estándares internacionales en la materia¹⁰⁷. La obligación de los Estados de adecuar su legislación penal conforme a la definición internacional de la tortura fue reiterada también en el caso de *Tranquilino Velez Loor* en el cual la Corte Interamericana confirmó “la obligación general de los Estados de adecuar su legislación interna a la normas de la Convención Americana.”¹⁰⁸. Adicionalmente en *Goiburú* y en el caso *Tibi* la Corte Interamericana ordenó a los Estados adecuar la tipificación del delito de tortura a las disposiciones aplicables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que los Estados tienen la obligación de tipificar la tortura en sus ordenamientos penales nacionales conforme a la definición internacional del delito. La definición internacional incluye al castigo, la discriminación y cualquier otro fin como finalidades y prohíbe métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. El artículo 201 bis del Código Penal omite incluir esos elementos de tipificación. De ahí que se contraviene el artículo 2 y 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considerando que la Convención Americana

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 196.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186 párr. 259.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 290.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 252 literal g) y Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 179.

de Derechos Humanos es una norma de jerarquía superior de conformidad con el artículo 46 de la Constitución, la contradicción entre la norma penal y la norma superior en materia de derechos humanos resulta inconstitucional.

g.2) Aplicación específica y diferenciada del principio de preeminencia de tratados internacionales en materia de derechos humanos cuando la norma impugnada establece un delito.

Cabe señalar que esta Corte ha considerado en algunas ocasiones que la preeminencia establecida en el artículo 46 constitucional para tratados en materia de derechos humanos sobre el derecho interno sólo tiene como efecto que ante su conflicto prevalezcan las primeras, sin embargo ese criterio no es aplicable a disposiciones penales que tipifican delitos¹¹⁰. La colisión en casos penales presenta una circunstancia única y distinta que no puede ser evaluada de la misma forma. La situación presentada en esta acción constituye un caso distinto. La simple prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno sin efectos sustanciales sobre la norma inferior en casos penales no cumple objetivo alguno. La norma internacional solamente establece la obligación de tipificar la norma penal en el derecho interno, pero no establece el delito *per se*, ni estipula sanción penal. Además, la simple prevalencia no da efectividad real a la disposición constitucional ni a los derechos humanos garantizados por el tratado. Esto debido al principio de que no hay crimen ni pena sin ley anterior reconocido en el artículo 17 Constitucional. De tal forma que un juez en un caso penal al evidenciar el conflicto que existe entre la definición del artículo 201 bis del Código Penal y la definición de la Tortura en el ámbito convencional internacional y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vería imposibilitado de aplicar la definición contenida en el tratado internacional a pesar de que esta prevalezca. No puede un juez condenar a una persona que haya cometido tortura con la finalidad de castigar, ya que ese sujeto pasivo no está contemplado en la norma inferior, a pesar de que así lo dispone la definición de tortura contenida en un tratado internacional prevaleciente en materia de derechos humanos. Así como tampoco podría aplicar la obligación de

¹¹⁰ Véase generalmente: Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente No. 3396-2008. Gaceta No. 93. Sentencia del 9 de julio del 2009 (sobre la aplicación directa de tratados internacionales sobre normas ordinarias).

ajustarse a esa definición en la legislación penal de cada Estado. En su aplicación real y concreta declarar que un tratado internacional en materia de derechos humanos que establece un delito prevalece sobre la legislación ordinaria carece de contenido real.

Es por lo tanto, que el conflicto de normas que establecen disposiciones penales con tratados internacionales en materia de derechos humanos constituye una circunstancia limitada, especial y extraordinaria que justifica un trato específico. En estos conflictos normativos en concreto, debidamente circunscritos al establecimiento de un tipo penal, para la aplicación real y eficaz del principio de preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos debe utilizarse el contenido del tratado para evaluar el vicio de inconstitucionalidad de la norma inferior según el artículo 46 constitucional. Atendiendo a esto, el artículo 201 bis del Código Penal que establece el delito de tortura contraviene el artículo 46 constitucional debido a su colisión con los artículos 1, 2 numerales 1 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y 2 y 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

h) Violación a la obligación de tipificar penalmente graves violaciones al *ius cogens* como un derecho inherente a la persona y como deber de actuar para contribuir a la paz y respeto de los derechos humanos (Artículo 44 y 149 de la Constitución Política de la República).

De manera independiente a la obligación que se deriva específicamente de instrumentos internacionales, los Estados tienen la obligación de establecer sanciones penales a todos los actos de tortura en sus códigos penales por el hecho que estos constituyen violaciones al *ius cogens*¹¹¹.

El Artículo 44 de la Constitución señala: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen a otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. El Artículo 149 establece: “Guatemala normará sus

¹¹¹ Sobre la obligación de tipificar véase: Relator Especial de la Tortura, Reporte del Relator Especial de la Tortura Sr. P. Koijmans. UN Doc. No. E/CN.4/1987/13 del 9 de enero de 1987 párr. 52.

relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, el respeto y defensa de los derechos humanos...” Uno de los principios, reglas y prácticas internacionales que mantienen la paz y el respeto y defensa de los derechos humanos es la obligación de prevenir y castigar graves violaciones al *ius cogens*. Es un derecho humano, aún cuando no figure expresamente, ser protegido por medio de la tipificación penal en contra de graves violaciones de normas del derecho internacional en las cuales haya recaído el carácter de *ius cogens*.

Desde la época de Grocio, precursor del derecho natural, se sostenía la existencia derechos prevalecientes “principios susceptibles de describirse por la razón y que gozaban de vigencia absoluta, eterna e inalterable, muy por encima de los intereses o pactos de los hombres e incapaces de ser influidos por estos”¹¹². Estas normas son en el campo del derecho internacional las que han adquiridos el carácter de *ius cogens*, aquellas sobre las cuales hay un acuerdo unánime en la comunidad de naciones y cuya contravención afectan a la humanidad. Su protección interesa a la comunidad de naciones ya que su violación no perturba solamente a un solo Estado, sino que “afectan la conciencia humana...,-la conciencia jurídica universal,- y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tornase víctimas de los mismos...”¹¹³.

Las normas de carácter *ius cogens* han sido definidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados como “normas imperativas de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario”¹¹⁴. Son extremadamente limitadas las normas que han adquirido esta denominación, comenta la doctrina que “este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden

¹¹² Eduardo Suarez citado por José Luis Vallarta Marrón. La Argumentación Jurídica en Torno al Ius Cogens Internacional. 10 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 19 (2010). <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/indice.htm?r=derint&n=10>> (7 Junio 2010).

¹¹³ Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade. Párr. 28 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154.

¹¹⁴ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados firmada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por el Congreso de la República por medio del Decreto No. 55-96 del 26 de junio de 1996.

jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional”¹¹⁵.

Esta Corte ha señalado que el ordenamiento jurídico guatemalteco reconoce las normas de *ius cogens*, al efecto ha señalado: “Guatemala, siguiendo su tradición constitucional, reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *jus cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización”¹¹⁶. Al efecto, las opiniones de este Tribunal lo han integrado al ordenamiento jurídico constitucional por virtud de los artículos 44 y 149 de la Constitución¹¹⁷. Estas normas no surgen de la celebración de tratados internacionales, aunque pueden verse reconocidas por los mismos, sino que subsisten con independencia de ellos, incluso prevalecen sobre cualquier tratado internacional que las contraríe. Es por ello que la protección contra violaciones al *ius cogens* es una contravención constitucional independiente a cualquier tratado internacional o a lo dispuesto en el artículo 46 constitucional que se aplica al derecho internacional que surge por medio de tratados y convenciones.

Explica el Dr. Alejandro Maldonado Aguirre que las normas de esta naturaleza subsisten:

“aun cuando no existiera algún convenio o tratado internacional aceptado por un país en materia de ese reconocimiento, el orden internacional sería vinculante por el carácter natural, inalienable e imprescriptible de tal condición dignificante. Digamos que en la actualidad nadie se atrevería a oponer sus regulaciones internas ni su facultad soberana de obligarse o de no obligarse para defender la esclavitud, la servidumbre, la desigualdad racial o la discriminación absurda”¹¹⁸.

La protección en contra de actos de tortura es una norma universalmente reconocida de *ius cogens*. Son innumerables los autores y tribunales que de manera conteste e unánime señalan la prohibición contra la tortura como una de las normas

¹¹⁵ Stefan A. Reinsfel. *Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law*. 60 *American Journal of International Law* 511-515 (1966).

¹¹⁶ Corte de Constitucionalidad. Amparo. Expediente No. 30-2000. Gaceta No. 58. Sentencia del 31 de octubre del 2000 y Amparo. Expediente No. 872-2000. Gaceta No. 60. Sentencia del 28 de junio del 2001.

¹¹⁷ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expedientes Acumulados 12-2004 y 213-2004. Gaceta No. 73. Sentencia del 20 de julio del 2004. Sección III.

¹¹⁸ Alejandro Maldonado Aguirre. Guatemala: recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2001) p. 248.

primarias de *ius cogens*.¹¹⁹ Esto además ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁰, La Corte Europea de Derechos Humanos¹²¹, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia¹²², el Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹²³, la Cámara de los Lores del Reino Unido¹²⁴, entre muchos otros. El mismo Congreso de la República ha señalado que: “la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional que forma parte del *ius cogens*...”¹²⁵. La Comisión de Esclarecimiento Histórico señaló también que: “[E]xiste hoy en día en la comunidad internacional un consenso en el sentido de que la prohibición de la tortura es una norma estricta del derecho consuetudinario internacional”¹²⁶.

¹¹⁹ Véase entre muchos otros: Antonio Cassese. *International Law*. (Oxford U. Press) (2005) p. 445-446; Antonio Cançado Trindade. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content* en XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OAS (2008); *La Tortura en el Derecho Internacional. Guía de Jurisprudencia*. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Asociación para la Prevención de la Tortura (2008) p. 172; Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103; Comisión Internacional de Juristas. *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos, Guía para Profesionales No. 3*, Ginebra (2008) p. 20 y Relator Especial sobre la Tortura. Reporte del Relator Especial Señor P. Kooijmans. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Doc. No. E/CN.4/1986/15 (1986) párr. 3.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103 párr. 92; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95; Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 76-79; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 92; y Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 71.

¹²¹ Véase entre otros: Corte Europea de Derechos Humanos. Caso de Kalashnikov Vs. Rusia. App. No. 47095/99 del 15 de julio de 2002 y Caso de Selmouni Vs. Francia. App. No. 25803/94 del 28 de julio de 1999, párr. 95.

¹²² Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 147, Fiscal Vs. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Sentencia), IT-96-21-T, párr. 454 y Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párr. 466.

¹²³ Véase Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Fiscal Vs. Jean-Paul Akayesu (Sentencia), ICTR-96-4-T, párr. 594.

¹²⁴ Cámara de los Lores del Reino Unido. Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998 párr. 6.

¹²⁵ Congreso de la República, Decreto No. 40-2010 del 6 de octubre del 2010, considerando II.

¹²⁶ Comisión de Esclarecimiento Histórico. Guatemala: Memoria del Silencio. (1999) Tomo II. Vol. 2. Párr. 540.

Destaca Antônio Cançado Trindade, Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual Juez de la Corte Internacional de Justicia señala que “Nadie osaría negar tampoco que los actos de tortura [entre otros]...afroitan la conciencia jurídica universal y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *jus cogens*”¹²⁷. En adición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los ejemplos comúnmente citados como normas de derecho consuetudinario que han adquirido condición de normas *jus cogens* incluyen a la tortura...”¹²⁸.

En adición a las abundantes fuentes legales antes mencionadas, una norma de *ius cogens* según ha establecido esta misma Corte de Constitucionalidad es una norma que afecta los intereses de la comunidad internacional y amenaza la paz y seguridad mundial¹²⁹. Aunado a esto varias normas nacionales reconocen al genocidio como uno de los delitos más graves, entre ellas al restringir su aplicación al beneficio de colaboración eficaz¹³⁰, al colocarlo entre los delitos de mayor riesgo para efectos de la Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo¹³¹ y al establecerlo expresamente en la Ley de Reconciliación Nacional como un delito para el cual no aplica la extinción de la responsabilidad penal según el derecho internacional¹³².

Las altas Cortes nacionales tienen un importante deber en la protección en contra de violaciones al *ius cogens*. Tal y como señaló la Cámara de los Lores en *Ex Parte Pinochet*: “desde el fin de la segunda guerra mundial existe un claro reconocimiento por la comunidad internacional que ciertos crímenes son tan graves e

¹²⁷ Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade párr. 71 en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 71.

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Michael Domingues v. Estados Unidos (fondo). Informe No. 62/02. Caso 12.285, informe del 22 de octubre del 2002. Parrá 49.

¹²⁹ Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002. Gaceta No. 68. Resolución del 25 de marzo del 2002. Sección VI. Vease además: Najman Alexander Aizenstatd. Origen y Evolución del Concepto de Genocidio. 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquín 11 (2007).

¹³⁰ Artículo 92 bis y 92 ter de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto No. 21-2006 del 19 de julio del 2006 reformada por el Decreto 23-2009 del 4 de agosto del 2009.

¹³¹ Artículo 3 literal d, Ley de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo, Decreto 21-2009 del 4 de agosto del 2009.

¹³² Decreto No. 145-96 del Congreso de la República “Ley de Reconciliación Nacional” del 18 de diciembre de 1996.

inhumanos que constituyen crímenes contra el derecho internacional y que la comunidad internacional tiene la obligación de llevar a la justicia a todos los que los cometan”¹³³. Por lo tanto es deber de todo Tribunal que actúe en resguardo de los derechos humanos, así como de la Corte de Constitucionalidad debe “asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos”¹³⁴. Esta responsabilidad recae además en todos los órganos del Estado. Por ello es obligatoria la tipificación penal de graves violaciones al *ius cogens* dentro de la legislación interna de cada Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la tipificación penal de crímenes como la tortura es un derecho humano y un deber del Estado. Al efecto ha señalado: “la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional”¹³⁵. Es decir, es una obligación del Estado independientemente de cualquier convención adoptada al respecto y subsiste incluso si no se adopta o ratifica instrumento internacional alguno.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha reiterado la obligación de los Estados de tipificar penalmente, y de manera adecuada, el delito de tortura. Al efecto ha señalado que “el derecho a estar libre de tortura es tan grande que se vuelve imperativo precluir cualquier acto legislativo nacional que la autorice o condone o se capaz que tener este efecto”¹³⁶. Al efecto el Tribunal ha resaltado que “el derecho internacional prohíben no solamente la tortura sino también la omisión en adoptar medidas nacionales necesarias para la implementación de la prohibición...”¹³⁷.

¹³³ Cámara de los Lores del Reino Unido. Regina v. Bartle y el Comisionado de Policía para la Metrópolis y Otros Ex Parte Pinochet (en apelación). (no 3.) 25 de noviembre de 1998.

¹³⁴ Antônio A. Cançado Trindade. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. (Ed. Jurídica de Chile) (2001) p. 278.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C No. 154. Párr. 99.

¹³⁶ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 150.

¹³⁷ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 148.

La penalización de estos crímenes, señala la Corte Constitucional de Colombia es una obligación de Estado porque “constituye un mensaje inequívoco que categóricamente afirma su incondicional proscripción, por ser, desde todo punto de vista injustificable frente al orden jurídico en una sociedad civilizada.”¹³⁸. Es por lo tanto que la penalización no es una mera facultad que dependa de la voluntad del órgano legislativo, sino que es parte del derecho humano a ser protegido en contra de graves violaciones al *ius cogens*. Sobre la obligación de tipificar estos delitos señala el preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que: “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos”¹³⁹.

El tratadista Humberto Nogueira reitera la obligación de los Estados de penalizar las graves violaciones de normas perentorias de derecho internacional y al efecto señala: “Cabe destacar que la Corte Interamericana determina que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad constituye una norma imperativa de derecho internacional: una norma de *ius cogens*, con todas las implicancias jurídicas que ello tiene, incluyendo el deber de penalizar dichos crímenes conforme al derecho internacional general”¹⁴⁰. Sobre este tema la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas ha señalado que la tipificación penal de estos crímenes es esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional ¹⁴¹. Además la Corte Europea de Derechos Humanos también ha señalado la obligación de los Estados de establecer sanciones a graves violaciones al *ius cogens* en la legislación nacional¹⁴². Por lo tanto, para que el Estado de Guatemala actúe con el “propósito de contribuir al mantenimiento de la paz” y la “defensa de los derechos humanos” señalados en el Artículo 149 Constitucional es

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/01. Expediente No. D-3121. Sentencia de fecha 14 de febrero del 2001 Magistrado sustanciador Dr. Fabio Morón Díaz.

¹³⁹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.

¹⁴⁰ Humberto Nogueira Alcalá. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. V. 12 No. 2 *Ius et Praxis* (2006).

¹⁴¹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. 2 Yearbook of the International Law Commission 62 (2001) <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> (7 Junio 2010)

¹⁴² Corte Europea de Derechos Humanos. Al-Adsani v. Reino Unido. App. No. 35763/97. Sentencia del 21 de noviembre del 2001.

necesario que tipifique la tortura con todos sus elementos como delito en el Código Penal.

Sin embargo, no basta con que el Estado incluya un delito en el Código Penal y lo denomine tortura. Para realmente cumplir con sus obligaciones bajo el derecho internacional de proteger a las personas contra graves violaciones al *ius cogens* es necesario que ese delito incluya todos los elementos esenciales de su tipicidad. La prohibición contra la tortura es una norma de *ius cogens* que no admite excepciones o reservas. Es decir, no pueden hacerse reservas o limitaciones en cuanto al alcance de sus elementos esenciales pues constituyen “el *mínimum* universalmente reconocido – que recaen en el ámbito del *ius cogens*”¹⁴³. Estos elementos esenciales incluyen la finalidad de castigo, discriminación o cualquier otro fin. Reducirlo y restringirlo únicamente a los elementos establecidos en el artículo 201 bis actual es inconsistente con su definición a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Esto constituye una limitación inaceptable que elimina elementos esenciales de su tipicidad. La definición de la tortura, que incluye la finalidad de castigo, discriminación o cualquier otro fin y la prohibición de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica, no admite excepciones, de acuerdo a la naturaleza perentoria de la norma fundamentada. Es precisamente por su naturaleza de norma *ius cogens* que la definición no admite reserva o acuerdo en contrario. Tal y como ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso *Fiscal v. Furundzija*, las normas de carácter *ius cogens* nunca puede ser derogadas o limitadas en su alcance, si ni siquiera en situaciones de emergencia¹⁴⁴. Si bien, los Estados pueden decidir adoptar un estándar mayor de protección, no pueden otorgar uno menor. Los elementos esenciales de tipificación de la tortura son inmutables.

Señala el Juez de la Corte Internacional de Justicia y ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Cançado Trindade, dentro de su voto

¹⁴³ Voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade párr. 10 contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos v. Perú. Fondo. Sentencia del 14 de marzo del 2001. Serie C. No. 75.

¹⁴⁴ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Anto Furundzija (Sentencia), IT-95-17/1-T párr. 144. Véase también los casos: Fiscal v. Delacic y otros. Caso No. IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998 párr. 454 y Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (Sentencia), IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, párr. 466.

razonado en el caso *Blake v. Guatemala* que el propósito de los tribunales que garantizan los derechos humanos “debe residir precisamente en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del Derecho Internacional (*jus cogens*) y de las correspondiente obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. Es por medio del desarrollo en este sentido que lograremos...aproximarnos a la plenitud de la protección internacional del ser humano”¹⁴⁵.

La protección en contra de graves violaciones al *ius cogens* es una obligación del Estado y un derecho humano. Es en parte por esto que se ha tipificado el delito de tortura en el Código Penal. Esta norma sin embargo omite elementos esenciales del delito según se ha definido universalmente. Explica Mynor Pinto Acevedo que la inconstitucionalidad nace también cuando una parte de la norma impugnada “omite determinados contenidos cuya inclusión resultaba, sin embargo, obligada con arreglo a la Constitución”¹⁴⁶. En este caso, el artículo 201 bis constituye una reserva inadmisibles a la definición de la tortura. La inclusión de las finalidades completas y la prohibición de todos los métodos considerados como tortura era un derecho humano conforme a la obligación del Estado de normar su actividad conforme a las reglas y practicas internacionales con el propósito de contribuir a la paz y defensa de los derechos humanos, independientemente de si se ha adoptado instrumento internacional al respecto y constituye una violación al derecho a ser protegido en contra de graves violaciones de normas *ius cogens* según lo dispuesto por los artículos 44 y 149 de la Constitución.

i) Conclusión.

El Congreso cuenta con facultades para fijar los elementos de tipificación de los delitos en el ordenamiento penal, sin embargo este margen de configuración normativa legislativa no es absoluto y debe de entenderse limitado por los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, tanto en sus acciones como en sus omisiones. En el ordenamiento penal guatemalteco infligir graves dolores o

¹⁴⁵ Voto Razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade contenido en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Blake v. Guatemala* (Fondo). Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

¹⁴⁶ Mynor Pinto Acevedo. Las Sentencias Interpretativas en el Derecho Procesal Constitucional. 47 Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala 49 (2003).

sufrimientos, físicos o mentales por parte de un funcionario del Estado o con su autorización, apoyo o aquiescencia con la finalidad de castigar a una persona o basada en motivos discriminatorios o por cualquier otro motivo no específicamente contemplado en el artículo 201 bis del Código Penal no constituye tortura. Tampoco la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica constituyen tortura según el artículo 201 bis del Código Penal. Esto es contrario a lo expresamente establecido en Convenciones internacionales en materia de derechos humanos y a la noción de tortura admitida por el *ius cogens* internacional. Ya el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha señalado que la regulación de la tortura contenida en el artículo 201 bis es motivo de preocupación y contrario a la definición internacional de ese crimen¹⁴⁷. También la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que la tipificación de la tortura en ese artículo es inadecuada¹⁴⁸. La norma impugnada omite elementos esenciales y por lo tanto constituye una disminución en los elementos de la Tortura. Es un retroceso al proceso evolutivo de la definición en la prohibición de la tortura, inadmisibles, como explica Cançado Trindade “[n]o hay alternativa a esta evolución jurídica movida por la conciencia humana; fuera de ella, sería el retorno a la barbarie¹⁴⁹”.

La omisión de elementos esenciales en la tipificación de la tortura en el ordenamiento nacional es una grave violación a derechos constitucionales y normas internacionales que esta Corte no puede ignorar. Este caso presenta una oportunidad para que la Corte de Constitucionalidad actúe en defensa del orden constitucional sujetando a los órganos del poder público tanto en sus actos como en sus omisiones. A su vez, es también una oportunidad para que el Estado de Guatemala adecúe sus normas penales a los parámetros mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Esto tendrá relevancia nacional e internacional pues la inadecuada regulación del delito de tortura es una falta que interesa a toda la

¹⁴⁷ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas. Observación General No. 1. 16 Período de Sesiones. 1996. Aplicación del Artículo 3 en relación al Artículo 22 de la Convención.

¹⁴⁸ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las Actividades de su Oficina en Guatemala. UN Doc. No. A/HRC/13/26/Add.1 del 3 de marzo del 2010 párr. 44.

¹⁴⁹ Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

humanidad. Por este medio puede esta Corte darle realidad material a la imperatividad de las normas de *ius cogens* integradas como bloque de Constitucionalidad según las propias disposiciones constitucionales que así lo demandan. La defensa de los derechos humanos y la sujeción de la autoridad a normas perentorias de derecho internacional reconocidas universalmente y por los valores que nuestra constitución acoge, constituye un importante hito en la jurisprudencia constitucional de este Tribunal y la protección de la persona. El Relator Especial sobre la Tortura ha señalado que “una sociedad que tolera la tortura [o no la penaliza adecuadamente] no puede respetar otros derechos humanos; la obligación de erradicar la tortura es primordial”¹⁵⁰.

Mis argumentos se apoyan en las normas citadas y en el siguiente,

— ◆ —
FUNDAMENTO DE DERECHO

- **“Jerarquía constitucional.** *Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.*” (Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Funciones de la Corte de Constitucionalidad.** *La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad...*” (Artículo 272 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Legitimación activa.** *Tiene legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general: ...d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.* (Artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).
- **“Deberes del Estado.** *Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.*” (Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Libertad e igualdad.** *En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su*

¹⁵⁰ Relator Especial de la Tortura, Reporte del Relator Especial de la Tortura Sr. P. Koijmans. UN Doc. No. E/CN.4/1987/13 del 9 de enero de 1987 párr. 82.

estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre si.” (Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala);

- **“Derechos inherentes a la persona humana.** *Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otro que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”* (Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Preeminencia del Derecho Internacional.** *Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”* (Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“De las relaciones Internacionales.** *Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, el respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.”* (Artículo 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala);
- **“Artículo 1.** *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.* (Artículo 1 de La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes);

- *“Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica...”* (Artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)

Por lo tanto respetuosamente formulo la siguiente,



PETICION

I. De Trámite:

- (i) Con el presente memorial y documentos adjuntos se forme el expediente respectivo;
- (ii) Se tenga por conferida la dirección y procuración a los profesionales señalados y en la forma indicada;
- (iii) Se tome nota del lugar que señalo para recibir notificaciones y del lugar en donde pueden ser notificados el Ministerio Público y el Congreso de la República;
- (iv) Se admita para su trámite la acción de inconstitucionalidad parcial de Ley de carácter general por omisión al no incluir al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades de la tortura, ni a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica en la tipificación del delito de tortura en el artículo 201 bis del Código Penal interpuesta por Najman Alexander Aizenstat Leistenschneider;
- (v) Intégrese el tribunal de conformidad con la ley, para conocer el presente asunto;
- (vi) Se confiera audiencia por quince días al Ministerio Público y al Congreso de la República;
- (vii) Se señale día y hora para la vista;

II. De Fondo:

(viii) Oportunamente se dicte sentencia y se declare con lugar la Inconstitucionalidad Parcial de Ley de Carácter General interpuesta y en consecuencia se dicte sentencia exhortativa requiriendo al Congreso de la República reformar dentro de un plazo establecido por esta Corte el Artículo 201 bis del Código Penal para incluir al castigo, la discriminación o cualquier otro fin como finalidades del delito de tortura y a la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

(ix) Se publique la sentencia en el Diario Oficial.

CITA DE LEYES: Fundamento mi petición en los artículos citados y en los siguientes: 2, 3, 4, 44, 46, 149, 150, 151, 175, 267, 268 y 272 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1, 3, 6, 114, 115, 133, 134 literal d), 135, 137 al 146 y 163 literal a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 1, 2, 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 201 bis del Código Penal; 1 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y 28 y 29 del Acuerdo Número 4-89 de la Corte de Constitucionalidad;

Acompaño quince (15) copias del presente memorial y documentos adjuntos
Ciudad de Guatemala veinte de mayo del dos mil once.

Se haga Justicia.

En mi propio auxilio y dirección.

En su auxilio y dirección.