

Dificultades jurídicas y políticas
para la ratificación o implementación
del Estatuto de Roma
de la Corte Penal Internacional

Kai Ambos / Ezequiel Malarino / Jan Woischnik
(editores)

DIFICULTADES JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PARA LA RATIFICACIÓN O IMPLEMENTACIÓN
DEL ESTATUTO DE ROMA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Contribuciones de América Latina y Alemania

Con contribuciones de Kai Ambos, Alejandro Aponte Cardona, Gustavo Henrique Righi I. Badaró, Dino Carlos Caro Coria, Pablo Galain Palermo, José Luis Guzmán Dalbora, Salvador Herencia Carrasco, Paul Hernández Balmaceda, Carlos Eduardo Adriano Japiassu, Ezequiel Malarino, Jaime Martínez Ventura, Carmen Montaña Cibils, María Theresa Rocha de Assis Moura, Elia Patricia Neri Guajardo, Pablo F. Parenti, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Rocío San Miguel, Elizabeth Santalla Vargas, Marcos Alexandre Coelho Zilli

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho
para Sudamérica

© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 337.934 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7942-2-6

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

La presente publicación se distribuye exclusivamente en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Kai Ambos - Ezequiel Malarino 9

PRÓLOGO

Jan Woischnik 11

LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN ALEMANIA

Kai Ambos 15

INFORMES NACIONALES

ARGENTINA

Pablo F. Parenti 49

BOLIVIA

Elizabeth Santalla Vargas 99

BRASIL

*IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Gustavo Henrique Righi I. Badaró,
Marcos Alexandre Coelho Zilli, Carlos Eduardo Adriano Japiassu
e Cleunice Valentim Bastos Pitombo* 139

CHILE	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	171
COLOMBIA	
<i>Alejandro Aponte</i>	197
COSTA RICA	
<i>Paul Hernández Balmaceda</i>	227
ECUADOR	
<i>Salvador Herencia Carrasco</i>	237
EL SALVADOR	
<i>Jaime Martínez Ventura</i>	295
MÉXICO	
<i>Elia Patricia Neri Guajardo</i>	315
PARAGUAY	
<i>Carmen Montanía Cibils</i>	355
PERÚ	
<i>Dino Carlos Caro Coria</i>	373
URUGUAY	
<i>Pablo Galain Palermo</i>	401
VENEZUELA	
<i>Rocío San Miguel</i>	449
EVALUACIÓN COMPARATIVA. IMPLEMENTACIÓN Y DIFICULTADES DE IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA	
<i>Ezequiel Malarino</i>	489
ANEXOS	513
LOS AUTORES	601

Presentación

Esta publicación presenta los resultados de la tercera investigación del Grupo de Estudios sobre la Corte Penal Internacional del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga (República Federal de Alemania). Está integrado esencialmente por investigadores latinoamericanos.

La obra que aquí se presenta analiza, desde una perspectiva de derecho comparado latinoamericano, los diferentes problemas jurídicos o político-jurídicos que se les plantean a los Estados en el proceso de ratificación e implementación del Estatuto para la Corte Penal Internacional. Sus trabajos individuales, actualizados y revisados para esta publicación, han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma*, organizado por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer en la ciudad de México los días 4-6 de abril de 2005. El libro se compone de doce informes nacionales realizados por los investigadores latinoamericanos (véase la lista abajo), más un trabajo final de síntesis (Ezequiel Malarino). Además, se ha incluido un trabajo sobre la implementación del Estatuto de Roma en Alemania (Kai Ambos), el cual sirve —en su parte sobre cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional— para introducir la discusión del nuevo proyecto de investigación que actualmente encara el Grupo de Estudios.

Esta nueva publicación es una prueba cierta de la consolidación del Grupo, que trabaja conjuntamente desde comienzos del 2002. Tres investigaciones concluidas y

una cuarta en marcha dan motivos sobrados de gratificación. Además, el grupo ya tiene dos páginas web: http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html y http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html.

Tan solo queda agradecer en este lugar a todos quienes han colaborado en la realización del seminario de discusión y especialmente a quienes con sus trabajos hicieron posible la publicación: Alejandro Aponte (Colombia), Carlos Caro Coria (Perú), Pablo Galain Palermo (Uruguay), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Carmen Montanía (Paraguay), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) Patricia Neri (México), Pablo Parenti (Argentina), Rocío San Miguel (Venezuela) y Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia).

Kai Ambos - Ezequiel Malarino
Göttingen - París
Noviembre del 2005

A mediados de 1998, poco más de cincuenta años después que se celebraran los Juicios de Núremberg, la comunidad internacional de Estados decidió, tras años de reñidas negociaciones, la creación de una Corte Penal Internacional permanente. Roma fue el escenario de la histórica decisión. Una inmensa mayoría de 120 votos se expresó a favor del llamado *Estatuto de Roma*, en tanto que sólo hubo 7 votos en contra y 21 abstenciones. El año 1998 se constituyó así en un hito en el largo y pedregoso camino de la lucha contra la impunidad de graves crímenes contra los derechos humanos. Si bien existieron siempre tribunales *ad hoc* —cabe señalar a modo de ejemplo el tribunal encargado de juzgar los graves crímenes cometidos en los años noventa del siglo pasado en la antigua Yugoslavia o en Ruanda—, nunca antes existió un tribunal mundial *permanente*. A mediados del 2002, el Estatuto de Roma finalmente entró en vigor, luego de ser ratificado por 60 Estados, que era el mínimo requerido.

Hoy, siete años después de la histórica decisión de Roma, la Corte en La Haya está en pleno funcionamiento, habiendo sido integrados todos los cargos ejecutivos. Sus 18 jueces de todas las regiones del mundo ocupan sus cargos desde comienzos del 2003. Latinoamérica cuenta con tres representantes: Elizabeth Odio Benito de Costa Rica, René Blattmann de Bolivia y Sylvia Helena de Figueiredo Steiner de Brasil. También la Fiscalía está en manos latinoamericanas con el argentino Luis Moreno Ocampo como fiscal general. Su tarea será juzgar los más graves crímenes cometidos contra la humanidad como un todo: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, todos delitos penados ya con anterioridad por el derecho internacional

consuetudinario, aunque hasta fecha no existía un tribunal permanente que pudiera juzgarlos.

La constitución de la Corte Penal Internacional fue particularmente celebrada en América Latina. Muchos países de la región continúan padeciendo, aún años después del fin de las sangrientas dictaduras, el problema de la impunidad como un tema de permanente actualidad política en toda la región. La Corte Penal Internacional no podrá actuar en relación con los graves delitos cometidos históricamente en razón del principio de irretroactividad. Sin embargo, a partir de este momento podrá ofrecer una clara perspectiva de lo que pueden esperar futuros dictadores del tipo de Pinochet.

A través de su *Programa de Estado de Derecho*, la Fundación Konrad Adenauer promueve la ratificación del Estatuto de Roma en los Estados de América Latina que aún no han dado ese paso. En los Estados que ya lo han ratificado —y esa es la gran mayoría— promueve la implementación del Estatuto de Roma mediante periódicos seminarios de capacitación y publicaciones. Se concentra en definir en primera instancia si resulta necesario, o al menos conveniente, proceder a adaptar el derecho penal nacional a las normas penales materiales del Estatuto de Roma y del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, Alemania cumple un cierto rol pionero, dado que es uno de los pocos países del mundo que optaron por la solución de una implementación modificatoria y elaboró un Código Penal Internacional autónomo (*Völkerstrafgesetzbuch, VStGB*). La decisión le permite al país perseguir los crímenes que se inscriben en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En este contexto cabe destacar en particular el *Grupo de Estudios de la Fundación Konrad Adenauer sobre la Corte Penal Internacional*, que en 2005 celebró su tercer encuentro anual dedicado a debatir los avances alcanzados en la implementación del Estatuto de Roma en los diferentes países latinoamericanos y aspectos actuales escogidos del derecho penal internacional. Este año, la jornada se celebró en *México*, y cooperaron en la realización del evento la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México, por un lado, y la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität de Gotinga, Alemania, por el otro. El evento contó nuevamente con la presencia del renombrado experto en derecho penal internacional Prof. Dr. Kai Ambos (Universidad de Gotinga), así como con la de Ezequiel Malarino (Collège de France, París).

En el caso del Grupo de Estudios de la Fundación Konrad Adenauer sobre la Corte Penal Internacional, se trata del único grupo de expertos en Latinoamérica que

encara fundados esfuerzos científicos para impulsar la implementación nacional del Estatuto de Roma. Sus miembros están periódicamente en contrato y son consultados tanto en sus respectivos países de origen como en el ámbito internacional como expertos. En total están representados en el Grupo de Estudios 13 países en forma permanente, a saber: los 10 países de Sudamérica en los que se desarrolla el Programa Estado de Derecho (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y en el norte del continente latinoamericano México, Costa Rica y El Salvador. En el contexto latinoamericano —donde puede llegar a ser difícil juntar en una mesa a tres expertos de un mismo país— se destaca el amplio espectro de países y la continuidad demostrada por el grupo que viene desarrollado su labor desde hace tres años. En su mayoría, los miembros son docentes universitarios, jueces o funcionarios de diversas autoridades estatales del ámbito jurídico y ONG.

Durante el último coloquio en México, el Grupo de Estudios demostró una consolidación como colectivo de expertos que no había alcanzado previamente. Todos los miembros presentaron informes nacionales sobre el estado actual en el que se encuentra el proceso de ratificación e implementación en sus respectivos países. Los informes fueron sometidos a la discusión y crítica dentro del grupo. En los meses posteriores al evento los expertos corrigieron y actualizaron sus informes, que son publicados en el presente compendio.

Agradezco a todos los autores por su trabajo y deseo a nuestros lectores una lectura gratificante.

Jan Woischnik
Montevideo
Noviembre del 2005

La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*

Kai Ambos

* Traducción del alemán
de Pablo Galain Palermo
y Oliver Büchl;
revisión del autor.
Agradezco también
las sugerencias
de Ezequiel Malarino.

Lista de siglas y abreviaturas

AA	Auswärtiges Amt (Ministerio de Asuntos Exteriores)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara Territorial de Alemania)
BT	Bundestag (parlamento alemán)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
CLF	<i>Criminal Law Forum</i> (revista internacional)
Eur.J.Crime	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i> (revista internacional)
FS	Festschrift (libro homenaje)
FYBIL	<i>Finnish Yearbook of International Law</i> (revista finlandesa)
GBA	Generalbundesanwalt (fiscal general federal)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (libro homenaje)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial)
ICLR	<i>International Criminal Law Review</i> (revista internacional)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)

IRG	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley de Asistencia Judicial en Asuntos Penales)
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof (Corte Penal Internacional)
IStGH-AusführungsG	Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des IStGH (Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI), BGBl. 2002 I p. 2144
IStGHG	Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ley sobre la cooperación con la CPI, artículo 1 de la IStGH AusführungsG)
JICJ	<i>Journal of International Criminal Justice</i> (revista internacional)
JStGHG	Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)
JZ	<i>Juristen Zeitung</i> (revista alemana)
KK	<i>Karlsruher Kommentar</i> (Comentario StGB alemán)
LJIL	<i>Leiden Journal of International Law</i> (revista internacional)
LR	<i>Löwe Rosenberg</i> (Comentario StPO alemana)
Müko	<i>Münchener Kommentar</i> (Comentario al StGB alemán)
NJ	<i>Neue Justiz</i> (revista austríaca)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista alemana)
nm.	nota(s) marginal(es)
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revista alemana)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
RP	<i>Revista Penal</i> (España)
RStGHG	Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda)
SK	<i>Systematischer Kommentar</i> (Comentario StGB alemán)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal de Alemania)
StV	<i>Strafverteidiger</i> (revista alemana)
UN	United Nations (Naciones Unidas)
US	United States (Estados Unidos)
USA	United States of America (Estados Unidos de América)
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i> (revista alemana)
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (revista alemana)

En el momento de implementar el Estatuto de Roma los Estados parte tienen un amplio margen. No obstante ello, debido a las obligaciones de transformación (que ya mencioné en otra parte),¹ en especial las relativas a cuestiones procesales (artículo 88), una negativa de reformar la legislación interna no constituye una opción. Por lo demás, los Estados tienen la libertad de optar entre una *implementación limitada* o una *implementación completa*.² Como solución mínima se presenta una implementación limitada mediante la introducción de las normas de procedimiento necesarias para la cooperación y la ampliación de los delitos correspondientes a la Administración de Justicia respecto a la Corte Penal Internacional (CPI). En caso de optar por el modelo de una implementación completa, es posible remitir al Estatuto de Roma en su totalidad o en determinadas partes (*modelo de remisión o remitivo*), o de codificar (por separado) las respectivas partes en el derecho nacional (*modelo de codificación*). La mayoría de los Estados parte que han comenzado con el proceso de implementación³ han optado por seguir el camino de una implementación completa.⁴ El modelo de remisión ha sido hasta el momento puesto en práctica especialmen-

¹ Ambos, en Ambos y Malarino, 2003, pp. 25 ss.

² Cf. respecto a las opciones, de manera instructiva Werle, JZ 2001, pp. 886 ss.; sin embargo éste se refiere sólo al derecho material.

³ Según Insight 2/2004, p. 20, éstos son únicamente 30 de 97 Estados parte.

⁴ Cf. Eser, Sieber y Kreickeb (eds.), pp. 2003 ss.; Kreß y Lattanzi, p. 2000; Vandermeersch, Sluiter, Boas y Hay en JICJ 2004, pp. 133 ss.; Höpfel y Angermeier, en Reichel, 2005, pp. 319 s.; para Latinoamérica, Ambos y Malarino, 2003; Grammer, en Ambos, Malarino y Woischnik, 2005, pp. 45 ss.; CAJ, 2004, pp. 29 ss., así como RP 14 (julio de 2004), pp. 209 ss.; referente a Canadá, Burchards, 2005, pp. 338 ss. Sobre la persecución nacional del genocidio y su implementación véase el reciente Kreicker, ICLR 5 (2005), 313 (319 ss.).

te por los países que pertenecen al sistema del *common law*, aunque en este sentido haya que diferenciar entre quienes han optado por una aplicación directa del Estatuto (Sudáfrica) o por una adopción por remisión (Canadá, Nueva Zelanda). Una adopción literal (*reproducción*) de los tipos penales del Estatuto —en el sentido del modelo de remisión— se puede encontrar en el derecho belga. En cambio, el modelo de codificación suele estar más difundido en los Estados que pertenecen al ámbito del *civil law*. En el caso de Alemania, se han dictado dos leyes especiales tanto de naturaleza material como también procesal: El Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (*IStGH-Ausführungsg*).

Antes de presentar estas leyes con mayor detalle, es necesario hacer algunos comentarios acerca de la *situación constitucional*. En primer lugar, el legislador alemán⁵ ha calificado a la CPI como una institución interestatal, en el sentido del artículo 24 párrafo 1 de la Constitución (*Grundgesetz*, GG), y por consiguiente le ha otorgado derechos de una auténtica institución supranacional. De este modo, los actos de la CPI tienen efecto inmediato en el ordenamiento jurídico alemán. Según la opinión del legislador, el Estatuto de la CPI también cumple con los requisitos básicos jurídico-estatales de un Estado de derecho. Al mismo tiempo, el legislador ha decidido —de modo aclaratorio— hacer una excepción del principio que prohíbe la extradición de ciudadanos alemanes (artículo 16 párrafo 2 inciso 1 de la Constitución, GG), previendo la extradición de éstos a los países miembros de la Unión Europea y a tribunales internacionales “siempre y cuando se cumplan los principios jurídicos básicos del Estado de derecho”.⁶ Esta salvedad que refiere al Estado de derecho permitirá a cualquier afectado denunciar posibles violaciones constitucionales por parte de la CPI referentes al procedimiento de entrega, y del Estatuto de la CPI en general, a través de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (*Verfassungsbeschwerde*). El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) sólo recientemente —en relación con el examen de la constitucionalidad de la ley alemana⁷ de implementación de la decisión marco⁸ sobre la orden de detención europea— ha puesto de

⁵ *Boletín Oficial de Leyes Federales (Bundesgesetzblatt, BGBl)* 2000 II p. 1393.

⁶ *Boletín Oficial de Leyes Federales (BGBl)* 2000 I p. 1633. Al respecto, Uhle, *NJW* 2001, pp. 1889 ss.; Zimmermann, *JZ* 2001, pp. 233 ss.; Rohlf, 2003, pp. 62 s.; Grütznher, Pötz y Krefß, *Vor III* 26 nm. 372.

⁷ Ley sobre la orden de detención europea (EuHbG) del 21.7.2004 (*BGBl* I, p. 1748).

⁸ Decisión marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, del 13.6.2002 (RbEuHb), *ABl* Nr. L 190 del 18.7.2002, pp. 1 ss.

manifiesto la importancia considerable que atribuye a la (en principio) prohibición de extradición del artículo 16 de la Constitución: la prohibición de extradición garantizaría la “*especial vinculación* de los ciudadanos” respecto de su ordenamiento jurídico y en principio los ciudadanos no podrían ser “excluidos”.⁹ Una limitación de la prohibición de extradición —sea a causa del derecho europeo o internacional— debería, por ello, ser “proporcional”; especialmente, una injerencia en el ámbito de protección del artículo 16 debería producirse “con cautela”, dado que estaría en juego, *inter alia*, la protección de los principios de *seguridad jurídica* y de la *protección de la confianza* para los ciudadanos afectados por la extradición.¹⁰ La confianza en el propio ordenamiento jurídico estaría entonces protegida de manera especial “cuando la conducta en la cual se asienta la solicitud de extradición tenga una referencia interior decisiva” (“*maßgeblichen Inlandsbezug*”).¹¹ Según la opinión del Tribunal Constitucional Federal, la ley sobre la orden de detención europea (EuHbG) no tiene suficientemente en cuenta estos principios, por lo cual sería inconstitucional y nula.

1 ● El Código Penal Internacional (VStGB)

El VStGB¹² tiene entre otros objetivos el de “mejorar la concepción específica del injusto de los crímenes contra el derecho internacional [...]” y “de fomentar tanto la certeza jurídica como la aplicación en la práctica”.¹³ Por ello, en el VStGB se en-

⁹ BVerfG 18.7.2005, 2 BvR 2236/04 (www.bundesverfassungsgericht.de), Leitsatz (LS) 1.

¹⁰ BVerfG, arriba nota 9, LS 3.

¹¹ BVerfG, arriba nota 9, LS 4.

¹² Boletín Oficial de Leyes Federales (BGBl) 2002 I, p. 2254; para una traducción al castellano del texto y de la exposición de motivos ver anexo en este libro en pp 513 y ss.; para otras traducciones ver también www.jura.uni.goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html. Sobre el VStGB ver también: BMJ, 2001; Wirth y Harder, ZRP 2000, pp. 146 s.; Werle, JZ 2000, pp. 755 ss.; el mismo, JZ 2002, pp. 725 ss.; 2003, pp. 87 ss.; Werle y Jessberger, CLF 13 (2002), pp. 191 ss.; Kreß, 2000; el mismo, NSiZ 2000, pp. 617 ss. (p. 619); Zimmermann, NJW 2002, pp. 3068 ss.; el mismo, ZRP 2002, pp. 97 ss.; Kreicker, 2003, pp. 58 ss.; Wirth, JICJ 2003, pp. 151 ss.; Manacorda y Werle, RSC 2003, pp. 501 ss.; Weigend, Vogler-GS 2004, pp. 201 ss.; Geiger, en Afflen da Silva, 2004, pp. 77 ss.; Engelhart, Jura 2004, pp. 742 s.; Eser, Burgstaller-FS, 2004, pp. 369 ss.; Hübner, 2004, pp. 302 ss.; Safferling, *Annual of German & European Law* vol. I (2003), pp. 365 ss.; de manera crítica, Satzger, NSiZ 2002, pp. 125; Dietmeier, Meurer-GS 2002, pp. 333 ss. El material se encuentra expuesto en Lüder y Vormbaum.

¹³ Impreso del Consejo Federal de la Cámara de los Länder (Bundesrat Drucksache, BR-Drucks.) 29/02, 18.1.2002, en Lüder y Vormbaum, p. 23.

cuentran codificados, en los artículos 5 a 8, esencialmente los principales crímenes internacionales, *scilicet** el genocidio (§ 6 VStGB), los crímenes de lesa humanidad (§ 7 VStGB), los crímenes de guerra contra personas y ciertos objetos protegidos (§ 8-10 VStGB), así como los crímenes de guerra mediante la utilización de métodos y medios prohibidos como estrategia de combate (§ 11, 12 VStGB). Por el contrario, en cuanto a la parte general rige básicamente el Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB, comp. § 2 VStGB). Así, están previstas reglamentaciones especiales para el principio de derecho universal (§ 1, § 153f de la Ordenanza Procesal Penal, *Strafprozessordnung*, StPO), el actuar bajo órdenes (§ 3), la imprescriptibilidad (§ 5) y sobre todo la responsabilidad de mandatarios militares y otros superiores (§ 4, 13, 14).

1.1. Jurisdicción y competencia alemana

El § 1 del VStGB prevé el principio de jurisdicción universal. Esta norma adapta la jurisdicción penal alemana en caso de delitos internacionales a un *sistema internacional de justicia criminal* (*international criminal justice system*), el cual —con tal de evitar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos— prioriza la competencia de aquellos países en los que se ha producido el hecho (principio de territorialidad), de los que son ciudadanos el autor o la víctima del crimen (personalidad activa y pasiva); en segundo lugar, la competencia de la CPI, y en caso de ser necesario, de otros tribunales internacionales;¹⁴ y en tercer lugar, la competencia de terceros países en aplicación del principio de jurisdicción universal.¹⁵ Haciendo una lectura más detallada del § 1 del VStGB, se pone de manifiesto que hay que diferenciar entre “los *crímenes* señalados en él” y “[otros] *delitos contra el derecho internacional* señalados en él”.

Por crímenes graves debemos entender —siguiendo las reglas generales (§ 2 del Código Penal Internacional, VStGB) conforme el § 12 párrafo 1 del Código Penal (StGB)— aquellos actos amenazados con una pena mínima de un año; por lo tanto, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (§ 6-12).

* N. del t.: Latinazgo que en alemán puede traducirse como ‘*nämlich*’ y en español, ‘esto es’, ‘o sea’, ‘a saber’.

¹⁴ Cf., para los tribunales ad-hoc instalados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia y Ruanda, www.un.org/icty, así como www.un.ictc.org, y respecto a los tribunales híbridos en Kosovo, Timor Oriental, Sierra Leona y Camboya, Ambos y Othman (eds.), *New approaches in international criminal justice*, 2003. Cf., para el Tribunal Especial de Irak, www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm. www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htmCf. también los links desde www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Links/ICL/Tribunals.html.

¹⁵ Cf. Münchner Kommentar (Müko)-Ambos, § 1 VStGB nm. 22 s. (tomo V, en vías de publicación).

Únicamente para estos hechos el § 1 ordena la validez del VStGB “también en aquellos casos en que el hecho delictivo fue perpetrado en el extranjero y no tiene ninguna vinculación con el Estado”. De esta manera, la competencia de los juzgados alemanes está basada —independientemente del lugar del hecho u otros puntos de conexión para la competencia penal—¹⁶ en el *auténtico principio de jurisdicción universal*, cuya base de entendimiento restrictivo ha sido específicamente derogada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)¹⁷ a través del enunciado: “sin relación con el territorio nacional”.¹⁸ Así las cosas, en un correcto entendimiento de la competencia según el principio de jurisdicción universal, *no se requiere de un punto de conexión nacional* (territorio, nacionalidad, etcétera). Más bien el ejercicio del principio de justicia universal constituye por sí mismo un legítimo punto de partida para la ejecución de los intereses comunes de los Estados,¹⁹ el cual —sin embargo— no está basado en reflexiones de soberanía tradicionales, sino que se deduce únicamente del desvalor del hecho.²⁰ Una violación del principio internacional de no intervención está descartada, ya que la persecución de los principales crímenes codificados en los § 6 a 12 (*core crimes*) es un interés de toda la humanidad.²¹ Los *demás delitos* (§ 13, 14) constituyen delitos (§ 12, inciso 2, Código Penal, StGB),* por lo que la jurisdicción penal alemana solamente puede deducirse de los § 3 y siguientes del StGB sobre la base de los puntos de conexión (nacionales) previstos en ellos.²²

¹⁶ Referente a los puntos de partida del *ius puniendi* legitimadores jurídico-internacionales, Múko-Ambos, nota preliminar § 3-7 StGB nm. 25 ss. (2003).

¹⁷ NSiZ 1994, p. 232 (233) con observación afirmativa de Oehler, NSiZ 1994, p. 485; Tribunal Supremo Federal (BGH) NSiZ 1999, p. 236; SiV 1999, p. 240; Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof, BGHSt) 45, p. 64 (65 s., 68 s.), sin embargo, dejándolo en suspenso respecto a crímenes de guerra (69). Compárese Múko-Ambos, § 6 StGB nm. 1, 4 ss. (2003); Múko-Ambos, § 1 VStGB nm. 19 (en vías de publicación).

¹⁸ Cf. la exposición de motivos en Ministerio de Justicia (Bundesministerium der Justiz, BMJ) 2001, p. 25 (borrador del grupo de expertos creado por el Ministerio de Justicia); también en Lüder y Vormbaum, (borrador de ponencia según el impreso del Consejo Federal 29/02). La exposición de motivos se encuentra en el apéndice de este libro. Compárese también Werle JZ 2001, p. 885 (890); Werle y Jeßberger JZ 2002, p. 724 (729); Zimmermann NJW 2002, p. 3068 (3069); Abg. Pick, en Lüder y Vormbaum, en el lugar citado p. 80; Zypries, en Theissen y Nagler (eds.), 2004, p. 11 (14).

¹⁹ Tribunal Constitucional alemán (BverfG) NJW 2001, p. 1848 (1852); Doehring nm. 820; del mismo modo Princeton Principles, p. 43; Amnesty International, cap. I, pp. 14 s.; Scharf, p. 76; Broomhall, p. 400; El Zeidy, después de la nota al pie de la página 37; también Joyner, p. 169, 171; Brown New England Law Review 35 (2001), p. 383; principio de derecho universal como *special exception* a la regla del punto de conexión; Weigend, GS Vogler, p. 208; inadvertido por Klages, *Meeresumweltschutz und Strafrecht*, 1989, p. 153, y acaso también por Bassiouni, pp. 136 s.

²⁰ Ambos, NSiZ 1999, p. 226 (227); Werle y Jeßberger, p. 729; Satzger, NSiZ 2002, p. 125 (131); el mismo, § 16 nm. 38; Rau, p. 214; LR-Beulke, StPO (25.ª ed.), Suplemento 2003, § 153f nm. 2; Blanco Cordero, *La Ley 5980*, p. 5: “naturaleza” del delito.

²¹ Exposición de motivos en Tribunal Federal de Justicia (BMJ), p. 25; Lüder y Vormbaum, p. 26.

* N. del T.: Se trata de los *Vergehen*, que son delitos castigados con penas inferiores a un año. Los delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a un año corresponden a la categoría de *Verbrechen*.

²² Exposición de motivos en Lüder y Vormbaum, p. 26.

La orden de preferencia de las competencias para juzgar los crímenes internacionales —que he descrito— es resguardada procesalmente por el § 153f StPO (véase el texto en el anexo a este libro). Con esta norma el legislador intenta transformar el orden de competencias al derecho nacional. La norma tiene como fin *contrarrestar* el temor de *una sobrecarga de la justicia*²³ y de limitar la persecución penal a “casos que valgan el esfuerzo”.²⁴ Los principios de legalidad y oportunidad (opuestos en el derecho procesal) experimentan una concreción y un nuevo ajuste de los delitos cometidos en el extranjero señalados en el VStGB frente a la norma del § 153c, párrafo 1, StPO, la cual se refiere a los demás hechos cometidos en el extranjero (compárese el § 153c, párrafo 1, inciso 2, StPO).²⁵ El § 153f StPO hace referencia a *todos* los delitos del VStGB (§ 6-14), aunque sólo los crímenes de los § 6 a 12 recaigan bajo el auténtico principio de jurisdicción universal, y en cuanto atañe a los delitos contenidos en los § 13 y 14, como ya fue mencionado, siga siendo aplicable el derecho penal general (§ 3 y siguientes del Código Penal, StGB). En cuanto a estas normas, pues, se habría podido dejar las cosas en la aplicación de la norma general del § 153c, StPO (principio de oportunidad en caso de hechos delictivos cometidos en el extranjero).

Grosso modo, el ejercicio del poder discrecional con base en el principio de oportunidad se estructura en dos direcciones, teniendo en cuenta el objetivo superior de evitar la impunidad.²⁶ Si el delito tiene un punto de conexión nacional —esto es, en los casos en los que el sospechoso²⁷ se encuentre en territorio nacional (§ 153f, párrafo 1, inciso 1, StPO) y/o cuando fuera de nacionalidad alemana (§ 153f, párrafo 1, inciso 2, StPO)—; de las normas citadas se deduce en sentido inverso una obligación *fundamental* de persecución penal; no obstante, cabe abstenerse de perseguir a un alemán (“solamente”) cuando el hecho sea perseguido por un tribunal penal internacional, por el Estado de comisión del hecho o por el Estado de la víctima (§ 153f párrafo 1, inciso 2 StPO), ya que también de este modo se cumple con la necesidad de imponer una sanción por parte de la comunidad internacional.²⁸ Si por el contra-

²³ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85; Lüder y Vormbaum, p. 60.

²⁴ Zypries, p. 14.

²⁵ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 84; Lüder y Vormbaum, pp. 59 s.; *Kreß*, *NSiZ* 2000, 625; *Jeßberger*, p. 48; LR-Beulke § 153f nm. 9.

²⁶ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85; Lüder y Vormbaum, p. 60; también *KK-Schoreit* § 153f nm. 2; LR-Beulke § 153f nm. 4.

²⁷ En este lugar la norma habla equivocadamente de un *inculpado* (compárese LR-Beulke § 153f nm. 14; *Weigend*, *GS Vogler*, p. 209 nota al pie de página 49).

²⁸ Cf. respecto a la relación entre el artículo 17 del Estatuto de la CPI y § 153f StPO LR-Beulke § 153f nm. 24, el cual quiere dar por suficiente la petición presentada según el § 68 ISiGHG (*BGBI.* I 2002, p. 2144) por parte del Ministerio de Justicia (BMJ)

rio *no existiese conexión alguna con el territorio nacional* —cuando no existen alemanes involucrados en el hecho, ni como víctimas ni como autores (§ 153c, párrafo 2, n.ºs 1 y 2, StPO), y cuando el inculpado no se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia (§ 153c, párrafo 2, n.ºs 1 y 2 StPO)—, “en particular es posible” la abstención de una persecución penal, siempre y cuando —¡con tal de evitar la impunidad!— la persecución fuese asumida por un tribunal internacional o por el Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho. Lo mismo tiene validez —en excepción de la obligación fundamental de perseguir los casos en los que el inculpado se encuentre en el territorio nacional según el § 153f, párrafo 1, inciso 1, StPO, en sentido contrario— cuando un inculpado extranjero se encuentra en territorio nacional pero no haya que lamentar ninguna lesión por parte de un alemán (§ 153f, párrafo 2, inciso 2, en relación con el inciso 1, n.º 2, StPO) y su entrega a un tribunal internacional o más bien su extradición al Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue víctima del hecho (§ 153f, párrafo 2, inciso 2, en relación con el inciso 1, n.º 4 StPO) sea admisible e intencionada (§ 153, párrafo 2, inciso 2, StPO).²⁹ Más allá de esto, es decir, del § 153f, párrafo 1, inciso 1, en relación con el § 153c, párrafo 1, n.ºs 1 y 2, StPO, resulta que, en caso de *hechos “puramente” extranjeros* en el sentido ahí definido —cuando el sospechoso no se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia— también es posible abstenerse de una persecución, en caso de que ninguna otra jurisdicción se declare dispuesta a iniciar una persecución (pero véase a continuación).³⁰

El § 153f introduce una “*prioridad escalonada de competencias*”³¹ y cede el paso de manera amplia —en los casos del § 153f, párrafo 2, StPO— a aquellos tribunales extranjeros o, llegado el caso, a la CPI, cuando se encuentren más cercanos al lugar del hecho. La formulación “*puede en particular*” (en lugar de *debe*)³² expresa que en

en acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores (AA) a la CPI para asumir el cargo de las investigaciones (mas exactamente: § 68 párrafo 2 no. 1 con artículo 14 Estatuto de la CPI) y no insistir en la apertura de hecho de investigaciones por parte de la CPI, para poder sobreseer (ide manera provisional!) según el § 153f StPO.

²⁹ Cf. detalladamente la fundamentación legal en Ministerio de Justicia (BMJ), pp. 85 y ss; Lüder y Vormbaum, pp. 60 ss.

³⁰ Cf. la exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 61; Weigend GS Vogler, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

³¹ Exposición de motivos de la ley en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 60; Weigend GS Vogler, p. 209.

³² Cf. para la formulación antigua todavía el borrador de los expertos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 14 y el borrador de ponencia en Lüder y Vormbaum, 20.

los mencionados casos se tenga que abstener “normalmente”,³³ o bien, “regularmente”³⁴ de la persecución de un hecho punible. Desde luego, aclara al mismo tiempo que con el párrafo 2 del § 153f no se pretende una recogida parcial del auténtico principio de jurisdicción universal material, ni tampoco la exclusión de la posibilidad de la fiscalía de hacer uso de su facultad de persecución (a pesar de la existencia de los numerales 1 a 4).³⁵ También la amplia discrecionalidad en los *hechos puramente extranjeros* (§ 153f, párrafo 1, inciso 1, StPO) no se debe interpretar en el sentido de una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que está inspirada en la reflexión meramente práctica que indica que en estos casos una persecución penal en Alemania no promete tener demasiado éxito.³⁶ En definitiva, se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir solamente aquellos casos que tengan expectativas reales de ser resueltos con éxito.³⁷ Sin embargo, el objetivo superior de *evitar la impunidad* —también en caso de delitos cometidos absolutamente en el extranjero— puede llevar a una reducción del ejercicio de la potestad discrecional en beneficio del comienzo de la persecución, para poder preparar o apoyar una petición de asistencia judicial de las investigaciones que se llevan a cabo en otro país o por la CPI.³⁸

La *competencia* para la persecución penal (respectivamente para el desistimiento de la demanda, § 153f, párrafo 3, StPO) la tiene el fiscal general (*Generalbundesanwalt*, GBA) (§ 120, párrafo 1, n.º 8, junto con § 142a, párrafo 1, de la Ley para la Organización Judicial de los Tribunales, *Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG); para dictar sentencia el *Tribunal Superior* del Land (*Oberlandesgericht*, OLG) (§ 120 párrafo 1 n.º 8 de la GVG). La concentración de competencias en el fiscal general se basa no solamente en la gravedad del delito, la complejidad de las cuestiones jurídicas, la importancia del despliegue investigativo y la homogeneidad de la aplicación del derecho,³⁹ sino también en la motivación político-criminal de poner estos sensibles

³³ Weigend GS Vogler, p. 209.

³⁴ KK-Schoreit § 153f nm. 7.

³⁵ Cf. el reporte de la comisión de derecho del Parlamento Federal (Bundestag) (= BT-Rechtsausschuß) en Lüder y Vormbaum, p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 32.

³⁶ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 5.

³⁷ Cf. también KK-Schoreit § 153f nm. 3. Entretanto esto es reconocido también por los activistas de derechos humanos, compárese Brody, en Lattimer y Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, 2003, p. 376 (380 s.). Respecto a los problemas prácticos de la administración universal de la justicia, exhaustivamente Hall, pp. 62 ss.

³⁸ Respecto a esta idea de investigaciones “provisionales” o “asistenciales” (también en relación con el § 153f párrafo 2 StPO), cf. la exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 61; Weigend, Vogler-GS, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 9; LR-Beulke § 153f nm. 42; SK-Weßlau § 153f nm. 11.

³⁹ Werle y Jeßberger, p. 733.

procedimientos políticos —de acuerdo con su relevancia— en manos de la máxima autoridad para la persecución penal. Por lo tanto, al fiscal general le corresponde la tarea —no siempre fácil— de ejercer la pertinente potestad discrecional en forma sabia, de manera que la persecución universal de crímenes internacionales no consista en puras manifestaciones de voluntad legales, en el sentido de un *derecho penal simbólico*, evitando, por un lado, complicaciones diplomáticas (según el *modelo* belga), y por otro, cumplir con el rol de *policía mundial*. A su vez, no se debería sustraer *a limine* la base de la encomiable finalidad legislativa de impedir la impunidad frente a graves crímenes internacionales, exigiendo una “posibilidad de suspensión o sobreseimiento debida a urgentes consideraciones político-exteriores”,⁴⁰ o bien construyendo “con importantes objetivos de política exterior” un impedimento procesal a través del § 34 del StGB.⁴¹ Sobre todo la última propuesta invierte la valoración legislativa del § 1 junto con el § 153f, StPO, estando motivada por la valoración de que (difusos) intereses político-exteriores prevalezcan (compárese § 34, párrafo 1, al final, StGB) considerablemente (!) sobre el interés de proteger penalmente bienes jurídicos fundamentales y de sancionar graves crímenes internacionales. Se comprende que tal argumentación representa en cierto modo la consecuencia de la solución procesal favorecida por el legislador, que la conduce hacia un *control ejecutivo* de las actividades de persecución penal de crímenes internacionales⁴² y, así, hacia un ejercicio de la potestad discrecional basada en políticas referentes al derecho internacional y también por motivaciones político-criminales.

Hasta el 15 de noviembre del 2005 fueron presentadas 38 *denuncias* ante el fiscal general (GBA) por supuestos crímenes según el VStGB. En 21 de estos casos el fiscal general (GBA) se abstuvo de iniciar una instrucción en conformidad con el § 152, párrafo 2, StPO, principalmente porque los hechos denunciados ocurrieron antes de la entrada en vigor del VStGB. En catorce casos se abstuvo de la persecución conforme con el § 153f, StPO, y en los tres restantes la decisión aún está pendiente.⁴³ En la decisión del 10 de febrero del 2005, el fiscal general no accedió a la denuncia interpuesta contra el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld, entre otras, por el maltrato de prisioneros iraquíes en el complejo carcela-

⁴⁰ Weigend, GS Vogler, p. 209 nota al pie de la página 51.

⁴¹ KK-Schoreit § 153f nm. 3. Referente al argumento de las *international tensions*, críticamente Hall, p. 57.

⁴² SK-Weßlau, § 153f nm. 3.

⁴³ Oficio del Fiscal General de la Federación (Generalbundesanwalt, BA) del 17.11.2005 en vista de interpelación del 1.11.2005.

rio Abu Ghraib.⁴⁴ En opinión del fiscal general, se han cumplido los supuestos que permiten el sobreseimiento según el § 153f, StPO, diferenciando al mismo tiempo entre las personas denunciadas que no se encuentran en el ámbito de la CPI y que tampoco lo estarán (§ 153f, párrafo 1, inciso 1), de aquellas que se encuentran y posiblemente se encontrarán en Alemania (§ 153f, párrafo 1, inciso 2). Esta decisión deja lugar a la duda de si el ya mencionado control ejecutivo de la persecución penal de crímenes internacionales no conduce hacia una elusión del principio de jurisdicción universal, por lo cual sería necesario un *contrapeso judicial*.⁴⁵ Sin embargo, según la opinión mayoritaria, un control judicial de las decisiones de la fiscalía de suspender un sumario basado en el principio de oportunidad (§ 153 y siguientes, StPO) no sería posible (argumentación en contrario, § 170 y siguientes, StPO).⁴⁶ Así las cosas, las dudas acerca de la decisión quedan sin resolver: ¿Es posible decir que los hechos ocurridos en Abu Ghraib son perseguidos en el sentido del § 153f, párrafo 2, n.º 4 StPO, cuando el Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho (Irak) cede esta persecución al país de origen del sospechoso (Estados Unidos) y éste únicamente procede a enjuiciar a subordinados (receptores y ejecutores de órdenes) ante tribunales militares, manteniendo en la impunidad a los líderes que imparten las órdenes desde el Pentágono?⁴⁷ ¿No habría sido al menos posible y lícito un apoyo mediante investigaciones auxiliares?⁴⁸ El dilema aquí consiste en que el § 1 del VStGB en relación con el § 153f del StPO difícilmente podrá ser interpretado de una manera tal que le corresponda al Estado reclamante del *ius puniendi* (en nuestro caso, Alemania) juzgar sobre la conveniencia y eficiencia de procedimientos penales del Estado (perseguidor), en el caso de que estos procedimientos se realicen y el sistema jurídico del Estado perseguidor —en conformidad con criterios generales— haya de ser considerado como de Derecho.⁴⁹ No es necesario, y tampoco se debería hacer alusión a este respecto —en contra de la opinión del Fiscal General— al principio de no intervenir

⁴⁴ Cf. declaración de prensa del 10.2.2005, www.generalbundesanwalt.de/news = JZ 2005, 311. Los recursos de la parte querellante fueron rechazados finalmente por el OLG Stuttgart con decisión del 13.9.2005, publicado en NSStZ 2006, 117.

⁴⁵ Crítica mas detallada de MüKo-Ambos, § 1 VStGB nm. 29 ss. (t. V, en vías de publicación).

⁴⁶ Por ello no sorprendió que el OLG Stuttgart rechazara la solicitud de la parte querellante en la decisión judicial del 13 de setiembre de 2005.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Seymour Hersh, “Abu Ghraib lesson unlearned”, en *Guardian Weekly* 27.5.-2.6.2005, p. 15: “No officer is facing criminal proceedings”; véase también Basak, HuV-I 2005, 91; Human Rights Watch, <http://www.hrw.org/english/docs/2005/04/27/usinf10545.htm>.

⁴⁸ Cf. arriba nota al pie de la página 33 y texto.

⁴⁹ Por ello, acertadamente el fiscal general (GBA), *ibidem*: “Con qué medios y en qué momento se investigue contra posibles sospechosos adicionales, tiene que ser dejado a decisión de las autoridades judiciales de los Estados Unidos de Norteamérica”.

ción, debido a que éste no tiene relevancia en el caso de los crímenes centrales del VStGB aquí tratados; así como tampoco es necesario recurrir a ponderaciones de política exterior.

1.2. La parte general

En cuanto refiere a la parte general, el VStGB sólo contiene tres normas específicas: el actuar bajo órdenes (§ 3), la responsabilidad de los jefes y otros superiores (§ 4, 13, 14) y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (§ 5); por lo demás, tiene vigencia el StGB (§ 2, VStGB). El § 3 transforma al artículo 33 del Estatuto de la CPI⁵⁰ calificando el *actuar bajo órdenes* como causa de exclusión de la culpabilidad, en caso de que el autor actúe en “cumplimiento de una orden militar o de una disposición de efecto vinculante objetivo comparable” y “no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente”. En virtud de que se presume que existe una evidente antijuridicidad en las disposiciones referidas a la comisión de un genocidio y/o crímenes contra la humanidad (artículo 33, párrafo 2, Estatuto de la CPI), tal causa de exclusión de la culpabilidad entra únicamente en consideración respecto a los crímenes de guerra.

En relación con la *responsabilidad de los superiores*,⁵¹ dos aspectos tienen una relevancia especial en cuanto al *principio de culpabilidad*. Por un lado, la expectativa de comportamiento del superior de cara a posibles contramedidas (impedir, prevenir, poner el asunto en conocimiento de la autoridades competentes a efectos de la persecución penal, artículo 28, *a*, ii y iii, Estatuto de la CPI) y, por otro lado, los supuestos subjetivos de su responsabilidad. En el caso de que el superior tenga conocimiento o desconozca por imprudencia los crímenes (dolosos) de los subordinados, éstos le son *en definitiva* imputados, independientemente de las medidas contrarias *in concreto* que pudiera haber tomado. Así las cosas, se podría incluso responsabilizar al superior como autor de crímenes *dolosos* (de los subordinados) sobre la base de una *negligencia* (desconocimiento culposo). Esta contradicción valorativa no se puede resolver *de lege lata* (en vista del artículo 28, Estatuto de la CPI),⁵² sino sólo atenuar por medio del tipo de participación y de la pena. Constructivamente (*de lege ferenda*) habría que

⁵⁰ Cf. en detalle Ambos, 2005, pp. 460 ss., con más citas.

⁵¹ Exhaustivamente Ambos, 2005, pp. 295 ss., con más citas.

⁵² Cf. también Weigend, *Roxin-FS* 2001, p. 1397.

realizar la siguiente diferenciación: Teniendo conocimiento de los crímenes base el superior responde conjuntamente con los subordinados como autor por omisión (de estos crímenes base), siempre que los hubiera podido impedir; ahora bien, en caso de desconocimiento culposo no se le pueden imputar por autoría los crímenes base dolosos sino únicamente penarlo por un *delito independiente* —cometido de forma dolosa o culposa— que consiste en haber infringido un deber de vigilancia o en no haber denunciado los hechos. Pero como en estos casos no sólo se trata de una responsabilidad por autoría sino “tan solo” por participación del superior, se debe imponer —para rendirle cuenta al principio de culpabilidad— una *pena* considerablemente *menor* (en relación con su cuota de responsabilidad) por el hecho de haber tenido conocimiento de los crímenes base y no haberlos impedido. Esta solución diferenciada se basa por una parte en el § 4 del VStGB y por la otra en los § 13, 14 del VStGB,⁵³ teniendo en cuenta que la no denuncia culposa de un hecho punible no está comprendida dentro del § 14 del VStGB (que en esta medida queda detrás del artículo 28).⁵⁴

Numerosas cuestiones de la parte general quedaron fuera del VStGB porque el legislador partió de la base de que, en la mayoría de los casos, las reglas “normales” de la parte general del StGB corresponden a las reglas del Estatuto, o que, en todo caso, no se quedan atrás de la punibilidad prevista en él.⁵⁵ Sin embargo, también hay casos en los que el legislador ha optado por aplicar las reglas alemanas de la parte general por motivos de principio. Así, por ejemplo, se dejó fuera la norma sobre el *error de derecho* (artículo 32, párrafo 2, Estatuto de la CPI) por haber sido considerado como dudoso según el principio de culpabilidad, dándole preferencia a la solución alemana del error de prohibición (§ 16, 17 StGB).⁵⁶ Otro caso excepcional lo constituye el *derecho de inmunidad*. El VStGB ha renunciado a una derogación explícita de la inmunidad,⁵⁷ pero el artículo 4 de la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (véase *infra*, 2.2) prevé que los § 18-20 de la Ley para la Organiza-

⁵³ A favor Cassese, 2003, pp. 206 s.: “excellent”; también Lahti, en *ADIDP*, 2004, pp. 349 s.; Weigend, *ZStW* 116 (2004), p. 1026; Gropengießer, 2003, pp. 295 ss. Contrariamente Vogel, *ZStW* 114 (2002), pp. 435 s., esta diferenciación no se basa ni en un malentendido ni tampoco en una falta de consideración del trasfondo jurídico real, sino simplemente en una aplicación consecuente del principio de culpabilidad; éste también tiene que conducir hacia graduaciones en un sistema de responsabilización jurídico-penal internacional. Crítico de manera general desde el punto de vista del principio de culpabilidad, Weigend, *ZStW* 116 (2004), pp. 1024 ss.

⁵⁴ Gropengießer, 2003, pp. 298 s.

⁵⁵ Cf. la exposición de motivos en Lüder y Vormbaum, 2003, pp. 26 ss.

⁵⁶ Cf. en detalle sobre las normas de error del Estatuto de la CPI, Ambos, 2005, pp. 433 ss., con más citas.

⁵⁷ Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks) 29/02, en Lüder y Vormbaum, 2003, p. 30.

ción Judicial de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) —que regulan la inmunidad— no se opongan a una entrega o a otras medidas de ayuda judicial (nuevo § 21, GVG). En lo que concierne a la inmunidad parlamentaria (artículo 46, párrafo 2, de la Constitución, GG) y la inmunidad del Presidente Federal (artículo 60, párrafo 4, de la Constitución), se ha de partir de la base de que —dado el caso— ésta será anulada o sustituida por el efecto directo de una orden de detención de la CPI así como por un pedido de detención y de entrega⁵⁸ (artículo 24 de la Constitución).⁵⁹ En favor de esta causa también habla que la jurisprudencia alemana reconozca en un principio restricciones de derechos humanos a la inmunidad.⁶⁰ En lo referente al *privilegio de fuero* por declaraciones realizadas en el Parlamento (artículo 46, párrafo 1, de la Constitución), tampoco reglamentado, si bien es verdad que éste no puede ser derogado, sí podría ser sustituido.⁶¹

1.3. La parte especial

En cuanto a la parte especial, el VStGB ha incorporado al derecho nacional los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (compárense en el anexo a este libro los § 6-12 del Código Penal Internacional, VStGB). En este sentido la mayor divergencia frente al Estatuto de la CPI consiste en la superación de la diferenciación tradicional entre conflictos internacionales y conflictos no internacionales en los § 8 a 12 del VStGB (*crímenes de guerra*), que sistematizan éstos respectivamente con base en el *fin de protección* o el *bien jurídico* de los respectivos tipos penales, los cuales por su lado se orientan en la diferenciación —desarrollada sobre la base del derecho internacional humanitario— entre la protección de las personas y el patrimonio, por un lado (derecho de Ginebra), así como la restricción de la utilización de ciertos métodos y medios como estrategia de guerra (derecho de La Haya), por el otro.⁶² En principio,

⁵⁸ Cf. ya arriba después de la nota al pie de la página 5, en el texto.

⁵⁹ *Ibidem*, así como en *Impreso del Parlamento* (BT-Drucks) 14/2682, p. 7; también Grützner, Pötz y Kreß, *Vor III* 26 nm. 370, con más citas; Werle, 2003, nm. 458 con nota al pie de la página 420; Kreicker, 2003, pp. 372 s.; Weigend, Vogler-GS 2004, p. 200. Según otra opinión, la inmunidad parlamentaria no tiene el propósito de facilitar la comisión de crímenes internacionales, por lo que tampoco protege contra una persecución penal internacional (compárese Japiassú, 2003, pp. 180 s. para el derecho brasileño y francés).

⁶⁰ Se comprueba en Múko y Ambos, nota preliminar § 3-7 nm. 140, así como 141 (3003) respecto a la jurisprudencia extranjera.

⁶¹ Crítico al respecto Kreß, *NSiZ* 2000, p. 621; Grützner, Pötz y Kreß *Vor III* 26 nm. 371; Kreicker, 2003, pp. 414 ss. (416); Satzger, 2005, § 14 nm. 36.

⁶² Cf. la exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), 50; Lüder y Vormbaum, p. 40. Compárese también Kreß, 2000, pp. 21 s., p. 34; Werle *JZ* 2001, p. 885 (893); Werle, 2003, nm. 1130 s.

los tipos penales tienen validez independientemente de la naturaleza del conflicto; únicamente los § 8, párrafo 3, § 9, párrafo 2, y § 11, párrafo 3, prevén tipos penales limitados a conflictos armados internacionales. En detalle —siguiendo la sistemática mencionada— son penalizados: por un lado, crímenes de guerra contra personas (§ 8), contra el patrimonio y demás derechos (§ 9), y contra operaciones humanitarias y emblemas (§ 10); y por el otro, crímenes de guerra mediante la utilización de métodos prohibidos (§ 11) y el uso de medios prohibidos (§ 12). Así las cosas, tanto el artículo 8 del Estatuto de la CPI como algunas normas del Protocolo Adicional I [en adelante PA I] y del artículo 15 del 2.º Protocolo de La Haya, de 1999,⁶³ son implementadas de la siguiente manera:⁶⁴

- § 8: artículo 8 (2) *a*, i, ii, iii; artículo 8 (2) *b*, vi, viii, x, xv, xxi, xxii, xvi; artículo 8 (2) *c*, i, ii, iii, iv, Estatuto de la CPI; artículo 11, párrafo 1, inciso 2, párrafo 2*a*, párrafo 2*b*, párrafo 2*c*, párrafo 4; artículo 85, párrafo 4, párrafo 4*a*, párrafo 4*b*, párrafo 4*c*, párrafo 4*e*, PA I.
- § 9: artículo 8 (2) *a*, iv; artículo 8 (2) *b*, xiii, xiv, xvi; artículo 8 (2) *e*, v, xii, Estatuto de la CPI.
- § 10: artículo 8 (2) *b*, iii, vii, xxiv; artículo 8 (2) *e*, ii, iii Estatuto de la CPI; artículo 85, párrafo 3 y siguiente, PA I.
- § 11: artículo 8 (2) *b*, i, ii, iv, v, ix, xi, xii, xxiii, xxv; artículo 8 (2) *e*, i, iv, ix, x, Estatuto de la CPI; artículo 85, párrafo 3*a*, párrafo 3*b*, párrafo 3*c*, párrafo 3*d*, párrafo 4*d*, PA I; artículo 15, 2.º Protocolo de La Haya 1999.
- § 12: artículo 8 (2) *b*, xvii, xviii, xix, Estatuto de la CPI.

En lo demás, el VStGB se esfuerza por superar (o por lo menos atenuar) la falta de *precisión* en numerosos tipos penales del Estatuto de la CPI mediante una mayor precisión de los tipos penales y remisiones a la parte especial del Código Penal (StGB). Así por ejemplo, el § 6, párrafo 1, n.º 2, del VStGB (causar daños físicos o mentales graves) remite al § 226 del Código Penal (StGB). El § 7, párrafo 7, del VStGB penaliza el *mantener desaparecida por la fuerza a una persona* alternativamente como una combinación de la privación de libertad y la sucesiva *denegación a la demanda de*

⁶³ II. Protocolo de 1999 de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Conflictos Armados de 1954, *ILM* 38 (1999), pp. 769 ss.

⁶⁴ Cf. la exposición esquematizada en la exposición de motivos en BMJ, 51; Lüder y Vormbaum, p. 41.

información (a), así como el denegar demandas de información o proporcionar información falsa como tal (b), integrándose —en el último caso— el autor “voluntariamente en una política estatal de hacer desaparecer y violando al mismo tiempo un deber jurídico vigente de brindar información”.⁶⁵ Así las cosas, queda claro —no obstante las complejas interrogantes detalladas— que el hacer desaparecer está compuesto por dos actos delictivos y que sólo puede ser cometido por las propias organizaciones estatales o al menos con su consentimiento o tolerancia.⁶⁶ El § 7, párrafo 1, n.º 10, del VStGB intenta trazar los contornos del *crimen de lesa humanidad de persecución* (artículo 7, párrafo 1, *h*, Estatuto de la CPI) de manera más exacta, pero logrando este cometido sólo parcialmente.⁶⁷

El artículo 70, párrafo 4, *a*, del Estatuto de la CPI obliga a los Estados parte a ampliar sus leyes penales nacionales con los *delitos contra la administración de justicia* incluidos en esta norma, no por último para posibilitarle a la CPI encomendar la persecución de estos hechos a un Estado parte. Cabe decir que ésta es la única obligación directa de implementación contenida en el Estatuto de Roma, y al respecto en Alemania ya se ha previsto en el § 63 de la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (*IStGH-Ausführungsg*) la apertura de un procedimiento penal alemán a petición de la CPI, quedando aún pendiente la ampliación de los § 153 y siguientes StGB a la CPI (y, dado el caso, a otros tribunales internacionales). En su lugar, el § 2 de la Ley sobre la Suspensión de la Prescripción de la Persecución y la Equiparación de los Jueces y Empleados de la CPI (artículo 2, *IStGH-Ausführungsg*, véase 2.2) equipara a jueces, titulares de cargo* y demás funcionarios con los jueces y demás titulares en el sentido de los § 331-336, 338 del Código Penal (StGB), con lo cual es aplicable a todos ellos —en su totalidad— el derecho penal referente a la corrupción.

⁶⁵ Cf. la exposición de motivos, Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks.) 29/02, pp. 48 s., en Lüder y Vormbaum, pp. 13, 38.

⁶⁶ Triffterer y Hall, artículo 7, nm. 124; Boot, 2002, parágrafo 502; Werle 2003, nm. 737; crítico Weigend, Vogler-GS 2004, p. 204.

⁶⁷ También crítico Weigend, Vogler-GS 2004, p. 204. Yendo aún más lejos y de forma indeterminada, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que también ha incluido como crimen básico de la persecución actos distintos a los contenidos en los Estatutos, compárese Roberts, *LJIL* 15 (2002), pp. 630 ss.

* N. del t.: Hemos traducido el término alemán *Amtsträger* como *titulares de cargo*, personas que ejercen una función pública y que por ello son abarcadas por el *Korruptionsstrafrecht* o derecho penal referente a la corrupción.

2. La Ley para la Implementación del Estatuto de la CPI (IStGH-AusführungsG), en particular la Ley sobre la Cooperación con la CPI (IStGHG)

2.1. Preliminar.

El imperio del derecho penal internacional: cooperación vertical y la obligación de cooperación

El derecho penal internacional puede ser aplicado *directamente* (*direct enforcement model*) por los tribunales penales internacionales e *indirectamente* (*indirect enforcement model*) por los tribunales nacionales.⁶⁸ Desde luego, sólo se podrá hablar de una imposición directa del derecho penal internacional en un sentido auténtico, cuando los respectivos tribunales internacionales tengan facultades *supranacionales* para imponer sus propias decisiones y sentencias, como, por ejemplo, para detener a sospechosos o llevar a cabo medidas de investigación en territorios estatales soberanos. Esto es únicamente imaginable en el caso de tribunales de ocupación, como los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, así como el Tribunal Especial de Iraq, y también en este caso la soberanía judicial está naturalmente limitada al territorio ocupado.⁶⁹ Normalmente los tribunales penales internacionales también dependen de la *cooperación de los Estados nacionales*, no sólo para juzgar los principales crímenes internacionales sino también para hacer ejecutar las penas.⁷⁰ Así las cosas, trasladando al sistema judicial penal internacional las célebres palabras de Kern,⁷¹ los tribunales penales internacionales son como una *cabeza sin manos*. Visto de esta manera, no existe una aplicación directa del derecho penal internacional en un sentido auténtico, al estar los órganos del derecho penal internacional también obligados a servirse de los mecanismos del *indirect enforcement model*.⁷²

⁶⁸ Werle, 2003, nm. 195 ss. con más citas; Bassiouni, 2003, pp. 18 ss. y pp. 333 ss. Referente a la persecución penal nacional del genocidio, Schabas, *JICJ* 1 (2003), pp. 39 ss.

⁶⁹ Cf. Caseese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1711 s.

⁷⁰ Triffterer, Kreß, Prost, Schlunck y Wilkitzki, Part 9 nm. 1 ss.; Caseese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1607 s.; Caseese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1589 s.

⁷¹ Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227, referente a la relación entre Fiscalía y Policía.

⁷² Más detalles al respecto en Bassiouni, 2003, pp. 18 ss. y 388 ss.

Así, queda claro que también deben existir determinadas *formas y reglas de cooperación* en la relación entre los tribunales penales internacionales y los Estados. En lo concerniente a las formas, *en principio* rigen las mismas instancias de cooperación (extradición, demás asistencia judicial y asistencia ejecutoria) que en la tradicional cooperación internacional en asuntos penales, pero siempre teniendo presentes las marcadas diferencias en cuanto a la terminología, los requisitos y el procedimiento de la cooperación. En lo que atañe a las reglas de la cooperación, es pertinente manifestar que se trata de una *cooperación vertical* entre una organización supranacional y Estados.⁷³ La cooperación vertical se diferencia de la cooperación *horizontal* entre Estados soberanos de igual jerarquía⁷⁴ en que en ésta no existe una obligación de cooperación general del derecho internacional, sino que depende de las decisiones soberanas de los Estados afectados.⁷⁵ Por ello, este tipo de cooperación tiene numerosas condiciones, como, por ejemplo, el principio de reciprocidad, la consideración de determinados impedimentos, etcétera, que la tornan poco eficiente.⁷⁶ El fin de un sistema (regional) eficiente de cooperación horizontal justamente tiene que consistir en la reducción de estos impedimentos.

Por otro lado, en un régimen de cooperación *vertical* ésta no depende de la decisión soberana de los Estados afectados, sino que por regla general éstos están obligados a cooperar. Los tribunales creados con este mismo fin (tribunales ad hoc) por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas pueden dirigir solicitudes y disposiciones vinculantes para los países miembros de la ONU. La *obligación de cooperación* de estos países es el resultado directo del efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad (artículo 25 del Estatuto de la ONU) y de las correspondientes resoluciones basadas en el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (ICTY) y en el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (ICTR) respectivamente.⁷⁷ Dichos estatutos no in-

⁷³ *Prosecutor v. Blaskic*, App. Judgement 29.10.1997 (IT-95-14-AR108 bis.), parágrafos 47 y 54.

⁷⁴ Cf. al respecto Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1590 ss.; Sluiter, 2002, pp. 81 ss.; Ambos, *FYBIL* 9 (1998), pp. 413 ss.; Schomburg y Lagodny, introducción nm. 45-46; Vervaele y Klip, 2002, p. 35; Grütznér, Pötz y Kreß, nota preliminar III 26 nm. 205 s.; Triffterer, Kreß, Prost, Schlunck y Wilkitzki, Part 9 nm. 3; Wilkitzki, *ICLR* 2 (2002), p. 198; Meissner, 2003, pp. 10 y 275 ss.

⁷⁵ Nagel, 1988, p. 72; Grütznér, en Bassiouni y Nanda (eds.), 1973, pp. 234 s.; Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1590 s.

⁷⁶ Cf. detalladamente Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1590 ss.; Bassiouni, 2003, pp. 333 ss.; Sluiter, 2002, pp. 81 ss.; Meißner, 2003, pp. 12 ss.

⁷⁷ Cf. recientemente Chaumette, *ICLR* 4 (2004), pp. 357 ss. Tratados de cooperación bilateral, como los que han acordado los Estados Unidos con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y con el Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR) son por ello innecesarios, compárese Sluiter, 2002, pp. 63 ss.; Godinho, *JICJ* 1 (2003), pp. 502 ss.; sin embargo a favor

cluyen ningún motivo de rechazo, y en un principio tampoco puede alegarse ninguna norma nacional u obligación contractual internacional como causa de recusación o rechazo.⁷⁸ En caso de incumplir la obligación de cooperación, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer sanciones contra el país infractor.⁷⁹

Los Estados escépticos frente a la CPI abogaron en las negociaciones sobre el Estatuto por un régimen de cooperación tradicional orientado en un derecho de asistencia jurídica horizontal, mientras que los Estados partidarios de aquella propusieron una nueva forma de cooperación, que rindiera cuentas a la posición privilegiada de la CPI.⁸⁰ Como resultado, el Estatuto de la CPI prevé un *régimen de cooperación mixto*, que por un lado se presenta menos vertical que el de los tribunales ad-hoc, pero que por otro va más allá de una simple cooperación horizontal.⁸¹ Este resultado es una consecuencia del hecho de que el régimen de cooperación con la CPI esté basado en un tratado internacional, el cual se ve obligado a incorporar los mencionados intereses opuestos, y no en una disposición del Consejo de Seguridad de la ONU. El deber de cooperación fundamental (artículo 86 del Estatuto de la CPI) de los Estados supone en primer lugar la aceptación del tratado por parte de éstos, o por lo menos la conclusión de un *acuerdo ad-hoc* en el sentido del artículo 87 párrafo 5.⁸² Por ello, es necesario diferenciar entre el deber de cooperación general de los *Estados parte* y uno limitado de *los Estados que no son parte*. Además, el deber de cooperación se funda en las investigaciones de la autoridad acusadora (*investigation*), de modo que comienza con la autorización de la sala de cuestiones preliminares (*Vorverfahrenskammer*) según el artículo 15, párrafo 4, o con la instrucción del fiscal de iniciar una investigación según el artículo 53, párrafo 1.⁸³ Por lo demás, también han de consi-

Kushen, *JICJ* 1 (2003), pp. 517 ss. Los países miembros de las Naciones Unidas sólo tienen que crear las condiciones nacionales para la cooperación.

⁷⁸ Cf. *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 67, parag. 26, 47, 54 y 63 así como artículo 25, 103 Estatuto de la CPI; mas detallado Grützner, Pötz y Kreß, III 27 número nm. 57; Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1592 ss.; Cassese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1610 s.; Cassese, 2003, pp. 357 s.; Sluiter, 2002, pp. 47 ss., pp. 139 ss.

⁷⁹ *Prosecutor v. Blaskic*, arriba nota al pie de la página 65, parag. 26-31, 33-37 así como las Reglas del ICTY/ICTR 7bis, 11, 59 (b) y 61 (e).

⁸⁰ Más detalles sobre las negociaciones Mochochoko, en Lee (ed.), 1999, pp. 305 ss.; Kreß, *Eur.J.Crime Cr. L. Cr. J.* 6 (1998), pp. 449 s.; Triffterer, Kreß, Prost, Schlunck y Wilkitzki, Part 9 nm. 4.

⁸¹ Ejemplos de elementos horizontales y verticales en Grützner, Pötz y Kreß, nota preliminar III 26 nm. 206; Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1594 ss.; Triffterer, Kreß, Prost, Schlunck y Wilkitzki, Part 9 nm. 5; Ambos, *FYBIL* 9 (1998), pp. 413 ss.; Meißner, 2003, pp. 275 ss.; Sluiter, 2002, pp. 82 ss.; Caeiro, en Caeiro y Moreira, 2004, p. 70.

⁸² Más detalles al respecto Sluiter, 2002, pp. 68 ss.; Cassese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1615 ss.; Triffterer, Kreß y Prost, artículo 87 nm. 18 ss.; Palmisano, en Lattanzi y Schabas (eds.), 1999, pp. 402 ss. También organizaciones internacionales pueden ser participadas en la cooperación con la CPI (artículo 87 párrafo 6).

⁸³ *ICC-OTP*, 2003, p. 10.

derarse varias *causas de recusación* o rechazo. Así, por ejemplo, la *entrega* de una persona puede ser *aplazada* si aún no se ha dictado una decisión sobre la admisibilidad de la CPI (artículo 17, párrafo 1, *c*, y artículo 20, párrafo 3, Estatuto de la CPI), o bien si está pendiente una disputa sobre la admisibilidad de acuerdo con los artículos 18 y 19 (artículo 95, Estatuto de la CPI).⁸⁴ Asimismo, en los casos de *incumplimiento* del deber de cooperación se ha de diferenciar entre Estados parte y Estados que no son parte del tratado. Si los Estados parte no cumplen con su obligación de cooperar, la CPI puede, o bien constatar esta infracción y delegar el asunto a la Asamblea de Estados o, en caso de que el Consejo de Seguridad haya remitido la situación a éste (artículo 87, párrafo 7, y artículo 112, párrafo 2, *f*).⁸⁵ En el caso de los Estados que no son parte, la CPI puede asimismo —aunque sin una decisión declarativa en el sentido mencionado— recurrir a la Asamblea de Estados parte o, en su caso, al Consejo de Seguridad.

2.2. La Ley de Cooperación alemana

La *IStGH-AusführungsG*⁸⁶ está estructurada en artículos y contiene principalmente, en el *artículo 1*, la Ley sobre la *Cooperación con la CPI (Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, IStGHG)*.⁸⁷ La IStGHG está compuesta de siete partes y reglamenta la entrega de sospechosos a la CPI (§ 2 y siguientes), el traslado (§ 34 y siguientes), la asistencia judicial en forma de ejecución de penas privativas de libertad y otras órdenes de sanción de la CPI (§ 40 y siguientes), demás asistencia judicial (§ 47 y siguientes) y las peticiones alemanas dirigidas a la CPI (§ 64 y siguientes). La IStGHG aplica la obligación de Alemania de cooperación derivada del Estatuto ateniéndose al contenido y refiriéndose a las respectivas normas de éste. Básicamente, la *estructura* de la IStGHG sigue la clasificación —en principio

⁸⁴ Otros ejemplos en Ambos, 2006, § 8 nm. 65, 79.

⁸⁵ Cf. Triffterer y Kreß, artículo 86 nm. 1 ss.; Cassese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1608 ss.; Triffterer, Kreß y Prost, artículo 87 nm. 32 ss.; Sluiter, 2002, pp. 67 ss. En relación al rol especial del Consejo de Seguridad, compárese Palmisano, en Lattanzi y Schabas (eds.), 1999, pp. 416 ss.; Gargiulo, en Lattanzi y Schabas (eds.), 1999, pp. 100 ss.

⁸⁶ BGBl 2002 I p. 2144. Al respecto MacLean, ZRP 2002, pp. 261 ss.; Meißner, NJ 2002, pp. 347 ss.; Wilkitzki, ICLR 2 (2002), pp. 197 ss.; Weigend, Vogler-GS 2004, pp. 199 s. Para una traducción del texto de la Ley de Cooperación y la Exposición de Motivos ver www.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html

⁸⁷ Los Reglamentos para la Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY) y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) se encuentran en la Ley para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz, JStGHG) y en la Ley para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz, RStGHG). Compárese Schomburg y Lagodny, 1998, Jugoslawien-StGH-G nm. 1 ss. y Ruanda-StGH-G nm. 1 ss.; Schomburg, NSTZ 1995, pp. 428 ss.; Grützner, Pötzy y Kreß, III 27 nm. 69 ss. Referente a la cooperación alemana con el ICTY véase Wilkitzki, Vogler-GS 2004, pp. 263 ss.

aplicable a la asistencia judicial horizontal— de la Ley de Asistencia Judicial en Asuntos Penales (*Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG*), pero contiene disposiciones autónomas que rinden cuentas al carácter especial de la cooperación con la CPI.⁸⁸ La competencia para decisiones —tanto sobre solicitudes de asistencia judicial de la CPI como las dirigidas a ésta— la tiene el Ministerio de Justicia en acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores y, en su caso, otros ministerios afectados (§ 68).

La entrega (*Überstellung*) de personas, incluida la de ciudadanos alemanes, a la CPI (artículo 16, párrafo 2, de la Constitución, GG)⁸⁹ está reglamentada en los § 2-33 de la *IStGHG*. Según el § 2, párrafo 1, existe un deber de entrega *coercitivo*. El procedimiento de entrega es posible de dos maneras: por un lado —análogamente al procedimiento de extradición internacional—, como *procedimiento normal*, el cual se divide en un procedimiento judicial de admisibilidad y un procedimiento ejecutivo de concesión (§ 6, *IStGHG*), teniendo el Tribunal Superior del *Land* (OLG) la competencia para decidir sobre la admisibilidad (§ 7, 8, *IStGHG*) y promulgando su decisión sobre la base de los documentos de la entrega o sobre la base de la audiencia oral con el perseguido (§ 20, párrafos 1 y 3, § 21, *IStGHG*). El Tribunal también puede solicitar a la Corte una ampliación de documentos (20, párrafo 2, *IStGHG*). Más allá de estos aspectos formales, a las autoridades alemanas *no* debería corresponder un *margen de libertad de examen material*,⁹⁰ aunque es incierto si esta posición es sostenible desde el trasfondo de la —ya mencionada—⁹¹ estricta comprensión de derecho constitucional de la (en principio) prohibición de extradición del artículo 16 de la Constitución. Difícilmente podrá objetarse la posición del Tribunal Constitucional con la diferenciación meramente formal entre extradición (a los Estados) y entrega (a tribunales internacionales) (artículo 102, Estatuto de la CPI),⁹² dado que el legislador alemán ha considerado necesaria una excepción explícita de la prohibición de extradición en cuanto a los tribunales internacionales y con ello, con absoluta razón, ha expresado que, desde el punto de vista del ciudadano afectado por una eventual extradición/entrega, se trata de la misma protección de los derechos funda-

⁸⁸ Cf. respecto al Proyecto de Ley, MacLean, *ZRP* 2002, pp. 260 ss.

⁸⁹ Cf. ya arriba la nota al pie 6 y el texto.

⁹⁰ Cf. MacLean, *ZRP* 2002, 262; Meißner, *NJ* 2002, 349; restrictivamente también Wilkitzki, *ICLR* 2 (2002), 200 f.: “minimal scope available to the courts”, total lack of discretion”, “rejection of request [...] virtually impossible”.

⁹¹ Cf. arriba, nota 7 ss. y texto.

⁹² Dejando abierta la cuestión MacLean, *ZRP* 2002, 262.

mentales o, al menos, de una similar. También la reserva del Estado de derecho del artículo 16, párrafo 2, al final, de la Constitución (“en cuanto sean garantizados los principios de un Estado de derecho”) sería absolutamente superflua si no les abriera a los tribunales ningún margen de libertad de examen material. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que las condiciones exigidas por el Tribunal Constitucional Federal con vistas a la demanda de extradición interestatal (en el marco de la Unión Europea) no pueden, sin más, ser aplicadas a la entrega a la CPI, entre otras cosas porque es altamente improbable que existan casos con referencia interna (en los cuales “partes esenciales del lugar de la acción y del resultado se encuentren en el territorio nacional alemán”).⁹³

Aparte del procedimiento de entrega normal, entra en consideración una *entrega simplificada* bajo renuncia al procedimiento judicial de admisibilidad, en caso de que el perseguido otorgue su consentimiento después de haber sido instruido por el juez (§ 32 IStGHG). En el caso de que el perseguido haga saber que ya ha sido condenado o absuelto por el *mismo* hecho por la CPI o un tribunal nacional, el procedimiento de entrega se interrumpe según el artículo 89, párrafo 2, inciso 3, del Estatuto de la CPI hasta la decisión de la CPI sobre la licitud de la entrega (§ 3 IStGHG). Si el perseguido realmente ya hubiera sido sentenciado por la CPI, el procedimiento penal alemán tiene que ser sobreesido (§ 69 IStGHG junto con el artículo 20, párrafo 2, Estatuto de la CPI). En caso de *solicitudes concurrentes* de entrega o extradición, la CPI es informada y el procedimiento se atiene en un principio al artículo 90 del Estatuto de la CPI, y en principio la primacía se concede a la CPI. La *primacía de la CPI* también es confirmada por la introducción del nuevo § 9a de la IRG (artículo 5 de la *IStGH-Ausführungsg*). Según éste, por un lado, la extradición (a un Estado) no es lícita cuando el perseguido ya fue juzgado por el mismo hecho por un tribunal penal internacional (§ 9a, párrafo 1, IRG) y, por el otro, el manejo de solicitudes concurrentes se sujeta a las normas legales de la CPI, a la cual —en principio— se le debe conceder primacía (§ 9a, párrafo 2, IRG). Tras la recepción de la petición de entrega de la CPI —junto con los documentos necesarios de la entrega según el artículo 91, párrafos 2 y 3, del Estatuto de la CPI (§ 5 IStGHG)— se da inicio a las *medidas de búsqueda* (§ 9, IStGHG) y se ordena la *detención* (provisional) para la entrega (§ 10 y 11, párrafo 1, IStGHG, junto con los artículos 59, párrafo 1, y 92 del Estatuto de la CPI). Antes de la recepción de la petición es posible ordenar la detención

⁹³ BVerfG, *supra* nota 9, para. 85.

provisional de entrega si existe la sospecha fundada de que el perseguido vaya a dificultar o frustrar las investigaciones sobre los crímenes (genocidio y crímenes de lesa humanidad) de los cuales se lo acusa (§ 11, párrafo 2, inciso 2, IStGHG); mientras que en el caso de crímenes de guerra tiene que existir además la sospecha fundada de que el perseguido vaya a rehuir la entrega (§ 11, párrafo 2, inciso 1, n.ºs 1 y 2, IStGHG). La orden de detención provisional para la entrega es revocada si la CPI declara no tener la intención de presentar la respectiva solicitud o si el perseguido se encuentra detenido por un mes sin que haya sido presentada una petición de entrega (§ 11, párrafo 3, IStGHG). Tras la captura, el perseguido ha de ser presentado sin dilación ante un juez que le instruirá (§ 14, IStGHG), entre otros, sobre su derecho a ser *asistido* por un abogado (§ 31, IStGHG). Transcurridos dos meses tiene lugar por primera vez un *examen sobre el mantenimiento de la detención* por la autoridad, lo que sucederá en consecutivo cada dos meses (§ 17, IStGHG). Frente a la Corte no tiene validez el principio de *especialidad*; es decir, la persona que va a ser entregada también puede ser perseguida por otros hechos además de aquellos por los cuales fuera concedida la entrega (§ 25, párrafo 1, IStGHG). En caso de que ya tenga lugar un proceso penal nacional contra el perseguido por un hecho según el artículo 5 del Estatuto de la CPI, la fiscalía puede prescindir de la persecución en favor de la CPI (§ 28, párrafo 1, IStGHG). De no realizarse la entrega, es posible reanudar el procedimiento alemán (§ 28, párrafo 2, IStGHG). En el curso de la entrega es posible enviar a la Corte aquellos objetos que sirvan como *medio de prueba* o que provengan del hecho (§ 29, IStGHG). Tales objetos pueden ser incautados antes de ser presentada la solicitud de entrega o ser asegurados por otros medios (§ 30, IStGHG).

Un *traslado* (*Durchbeförderung*) a través del territorio federal puede tener lugar, si es para una persecución penal, desde el país que entrega a la Corte, o, si es para una ejecución de pena, de la Corte al país ejecutante (§ 34, IStGHG). Para ello tienen que presentarse los documentos mencionados en el artículo 89, párrafo 3, *b*, del Estatuto de la CPI (§ 35, IStGHG). En caso de un aterrizaje imprevisto (artículo 89, párrafo 3, *e*, del Estatuto) también entra en consideración una detención provisional (§ 39, IStGHG).

La *asistencia para la ejecución* (*Vollstreckungshilfe*) se encuentra normada en los §§ 40-46 de la IStGHG.⁹⁴ Como consecuencia de la calificación de la CPI como institución interestatal en el sentido del artículo 24 de la Constitución (GG),⁹⁵ es válido

⁹⁴ En general sobre la asistencia para la ejecución alemana (*Vollstreckungshilfe*), Wilkitzki, *Vogler-GS* 2004, pp. 263 ss.

⁹⁵ Cf. ya supra nota 5 y el texto.

el principio de *dominio material* (*Sachherrschaft*) de la CPI, que en especial suprime la necesidad de un procedimiento de exequátur para la ejecución de *penas privativas de libertad*.⁹⁶ La pena contra la libertad es ejecutada sin más en la medida comunicada por la Corte; las normas referentes a la suspensión del resto de la pena (§ 57-57b del StGB) no son aplicables (§ 41, párrafo 2, IStGHG). La competencia para todas las decisiones sobre la ejecución de una pena privativa de libertad la tiene la CPI (§ 41, párrafo 4, IStGHG). La *comunicación* entre el condenado y la Corte es libre y confidencial (§ 41, párrafo 5, IStGHG). Las *penas pecuniarias* (artículo 77, párrafo 2, *b*, del Estatuto de la CPI) y las *disposiciones de reparación* (artículo 75, párrafo, 2 del Estatuto de la CPI) son igualmente ejecutadas según especificaciones de la Corte (§ 43-45, IStGHG).

La *demás asistencia judicial* se encuentra reglamentada en los § 47-63 de la IStGHG. Por *demás asistencia judicial* se entiende, según el § 47, párrafo 2, “todo apoyo” que le ha sido concedido a la Corte en su actividad a causa del Estatuto de Roma. De esta manera, también incluye aquellos actos que normalmente no forman parte de la asistencia judicial interestatal.⁹⁷ Según el § 47, párrafo 1, existe un deber *obligatorio* de prestar *demás asistencia judicial* en caso de que se den los supuestos del Estatuto de la CPI y de la IStGHG. *In concreto*, la IStGHG regula como medidas de asistencia judicial, por ejemplo —de conformidad con el artículo 93, párrafo 1, *a-k*, del Estatuto de la CPI—, la restitución de objetos (§ 51, IStGHG), la confiscación, el registro y el embargo de patrimonio (§ 52), así como la protección de personas (§ 56). Además, pueden disponerse medidas de vigilancia de la telecomunicación y de observación (§ 59), sin que se trate aquí de formas de asistencia judicial previstas expresamente en el Estatuto, sino de otras cuya admisibilidad sea determinada según el derecho nacional (artículo 93, párrafo 1, *l*, del Estatuto). La *comparecencia* en persona *de testigos* ante la Corte es obtenida mediante los medios de coacción previstos en la StPO (§ 53, párrafo 1, IStGHG). La *utilización* de testimonios realizados ante la CPI *dentro de un proceso penal alemán* se ajusta al derecho alemán, de modo que, por ejemplo, de un derecho a negarse a prestar declaración conforme al derecho alemán (*Zeugnisverweigerungsrecht*) resulte que dichos testimonios no puedan ser utilizados (§ 53, párrafo 2, IStGHG). Personas que se encuentren detenidas pueden ser

⁹⁶ Cf. MacLean, ZRP 2002, p. 263; Meißner, NJ 2002, p. 349.

⁹⁷ MacLean, ZRP 2002, pp. 263 s.

entregadas provisionalmente a la Corte con el fin de ser identificadas, interrogadas, etcétera (§ 54, IStGHG), o ser tomadas provisionalmente en custodia (§ 55, IStGHG). Conocimientos e informaciones obtenidos de forma oficial pueden ser transmitidos a la Corte en la misma medida que si fuera una fiscalía alemana o un tribunal alemán, pero estas informaciones en principio no deben ser transmitidas a autoridades ajenas a la Corte (§ 58, IStGHG). En lo concerniente a la ejecución concreta de *actos de investigación o asistencia judicial*, de momento está permitida en ellos la presencia del personal y apoderados de la Corte, quienes pueden redactar minutas, grabar imágenes y realizar grabaciones sonoras o en vídeo (§ 60 IStGHG). La Corte puede realizar audiencias judiciales en Alemania (§ 61) y efectuar diligencias de prueba (interrogatorios, medidas para el testimonio ocular) de manera autónoma en territorio soberano alemán, siempre que no se trate de medidas de carácter coercitivo (§ 62, IStGHG, junto con artículo 99, párrafo 4, *b*, del Estatuto).

En cuanto a *peticiones alemanas dirigidas* a la CPI (§ 64-67, IStGHG, artículo 93, párrafo 10, del Estatuto) han de ser consideradas esencialmente las formalidades del Estatuto de la CPI, es decir, aquellas peticiones dirigidas a la CPI deben tener la forma prescrita en el artículo 96, párrafo 1, 4, del Estatuto de la CPI y el contenido indicado en el artículo 96, párrafo 2, 4 (§ 64, IStGHG). En cuanto a la asistencia judicial, han de considerarse las condiciones dispuestas por la Corte (§ 67, IStGHG).

- AMBOS, "The ICC and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters", en *FYBIL* 9 (1998), 413.
- AMBOS, "Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von 'Kriegsverbrechen' in Bosnien-Herzegowina", en *NSfZ* 1999, 226.
- AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo (Fundación Konrad Adenauer) y Bogotá (Temis), 2005.
- AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, München (ed. Beck) 2006.
- AMBOS, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid (ed. Marcial Pons) 2006.
- AMBOS y MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2000.
- AMBOS y OTHMAN (eds.), *New approaches in international criminal justice*, 2003.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation* (IOR53/002-018/2001), 2001, <http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal_memorandum>.
- BASAK, *abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten des VSTGB*, HuV-I 2005, 85.
- BASSIOUNI, "Universal Jurisdiction for International Crimes", en *Virginia Journal of International Law* 42 (2001), 82.
- BLANCO CORDERO, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo", en *La Ley* n.º 5980 (2004), 1 u. n.º 5981 (2004), 1.
- BOAS, "An Overview of Implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court", en *JICJ* 2004, 179.
- BOOT, *Nullum Crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, 2002.
- BRODY, "Using Universal Jurisdiction to combat Impunity", en LATTIMER y SANDS (eds.), *Justice for Crimes against Humanity*, 2003, 376.
- BROOMHALL, "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction etc.", en *New England Law Review* 35 (2001), 399.
- BURCHARDS, *Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten. Das kanadische Beispiel*, 2005.
- CAEIRO, "O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português", en CAEIRO y MOREIRA, *O Tribunal Penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*, 2004, 69.

- CASSESE, *International Criminal Law*, 2003.
- CASSESE, GAETA y JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. II, 2002.
- CHAUMETTE, "The ICTY's power to subpoena individuals, to issue binding orders to international organisations and to subpoena their agents", *ICLR* 4 (2004), 357.
- DIETMEIER, *Völkerstrafrecht und deutsche Gesetzgeber-kritische Anmerkung zum Projekt eines deutschen "Völkerstrafgesetzbuches"*, *Meurer-GS* 2002, 333.
- DOHRING, *Völkerrecht*, 2004.
- EL ZEIDY, "Universal Jurisdiction in Absentia: Is It A Legally Valid Option for Repressing Heinous Crimes?", *Oxford University Comparative Law Forum* 4 (2003) (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/zeidy.shtml>).
- ENGELHART, *Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch — Eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts*, *Jura* 2004, 734.
- ESER, SIEBER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003. (zahlreiche Landesberichte, véase <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html>).
- GARGIULO, "The Controversial Relationship between The ICC and The Security Council", en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. 1, 1999, 67.
- GEIGER, "O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo Código Penal Internacional Alemão", en ALFEN DA SILVA (ed.), *Tribunal Penal Internacional*, 2004, 61.
- GODINHO, "The Surrender Agreements between the US and the ICTY and ICTR: A Critical View", *JICJ* 1 (2003), 502.
- GROPENGIEBER, "Deutschland", en ESER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 1, 2003.
- GRÜTZNER, "International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters", en BASSIOUNI y NANDA (eds.), *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, 189.
- GRÜTZNER y PÖTZ (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2.ª ed., 2002.
- HALL, "Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool", en LATTIMER y SANDS (eds.), *Justice for Crimes against Humanity*, 2003, 47.
- HAY, "Implementing the ICC Statute in New Zealand", en *JICJ* 2004, 191.
- HÖPFEL y ANGERMAIER, "Adjudicating international crimes", en REICHEL (ed.), *Handbook of transnational crime & justice*, 2005, 310.
- HÜBNER, *Das Verbrechen des Völkermords im nationalen und internationalen Recht*, 2004.
- JAPIASSÚ, *O Tribunal Penal Internacional*, 2003.
- JEBBERGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch: Herausforderung und Verpflichtung für die deutsche Justiz", en THEISSEN y NAGLER (eds.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, 46.
- JOYNER, "Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction etc"., en *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 153.
- KK-BEARBEITER, Pfeiffer (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 2003.

- KERN, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965.
- KLAGES, *Meeresumweltschutz und Strafrecht*, 1989.
- KREICKER, "Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen", en ESER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 1, 2003.
- KREICKER, "National prosecution of genocide from a comparative perspective", en *ICLR* 5 (2005), 313.
- KREB, "Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute (Parts VII, IX, X)", *Eur.J.Crime Cr. L. Cr. J.* 6 (1998), 442.
- KREB, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000.
- KREB, "Völkerstrafrecht in Deutschland", *NStZ* 2000, 617.
- KREB y LATTANZI, *The Rome Statute and domestic legal orders*, 2000.
- KUSHEN, "The Surrender Agreements between the US and the ICTY and ICTR: The American View", *JICJ* 1 (2003), 517.
- LAHTI, "Towards harmonization of general principles of international criminal law", en AIDP (ed.), *Int. Cr. L.* 2004, 345.
- LR-BEARBEITER, Löwe y Rosenberg (eds.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, 2003.
- LÜDER y VORMBAUM (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch*, 2003.
- MACLEAN, "Gesetzentwurf über die Zusammenarbeit mit dem IstGH", en *ZRP* 2002, 260.
- MEIBNER, "Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Status des IstGH", en *NJ* 2002, 347.
- MEIBNER, *Die Zusammenarbeit mit dem IstGH nach dem römischen Statut*, 2003.
- MOCHOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", en LEE, 1999, 305.
- MÜKO-BEARBEITER, Wolfgang Joecks et al. (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 5 tomos, 2003 y ss.
- NAGEL, *Beweisaufnahme im Ausland*, 1988.
- PALMISANO, "The ICC and Third States", en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, Vol. 1, 1999, 391.
- RAU, "Das Ende der Weltrechtspflege? Zur Abschaffung des belgischen Gesetzes über die universelle Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen", *HuV-I* 2003, 212.
- ROBERTS, "The law of persecution before the ICTY", en *LJIL* 15 (2002), 623.
- ROHLFF, *Der Europäische Haftbefehl*, 2003.
- SATZGER, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch", en *NStZ* 2002, 125.
- SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 2005.
- SCHABAS, "National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes'", en *JICJ* 1 (2003), 39.
- SCHARF, "The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party States: A critique of the U.S. position", en *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 67.
- SCHOMBURG, "Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz", en *NStZ* 1995, 428.
- SCHOMBURG y LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, 1998.

- ALFEN DA SILVA (ed.), *Tribunal Penal Internacional*, 2004.
- SLUITER, "Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order", en *JICJ* 2004, 158.
- SLUITER, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, 2002.
- SLUITER, "Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", en FISCHER, KREß y LÜDER, 2001, 681.
- THEISSEN y NAGLER (ed.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004.
- TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- UHLE, "Auslieferung und Grundgesetz", en *NJW* 2001, 1889.
- VANDERMEERSCH, "The ICC Statute and Belgian Law", en *JICJ* 2004, 133.
- VERVAELE y KLIP, *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, 2002.
- VOGEL, "Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", en *ZStW* 114 (2002), 403.
- VOGLER, *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, 2004.
- WEIGEND, *Das Völkerstrafgesetzbuch — nationale Kodifikation internationalen Rechts*, GS Vogler, 2004, 197.
- WEIGEND, "Zur Frage eines 'internationalen' Allgemeinen Teils", en *Roxin-FS* 2001, 1375.
- WEIGEND, "Bemerkung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", en *ZStW* 116 (2004), 999.
- WERLE, "Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht", en *JZ* 2000, 755.
- WERLE, "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts", en *JZ* 2001, 885.
- WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003.
- WERLE y JEBBERGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch", en *JZ* 2002, 725.
- WERLE y JESSBERGER, "International Criminal Justice is coming home: The New German Code of Crimes against International Law", en *CLF* 13 (2002), 191.
- WILKITZKI, "The German law on co-operation with the ICC", en *ICLR* 2 (2002), 195.
- WILKITZKI, "Deutsche Vollstreckungshilfe für den Internationalen Jugoslawien-Gerichtshof etc.", en *Vogler-GS* 2004, 263.
- WIRTH y HARDER, "Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen", en *ZRP* 2000, 144.
- ZIMMERMANN, "Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gericht nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs", en *NJW* 2002, 3068.
- ZIMMERMANN, "Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch — Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte", en *ZRP* 2002, 97.
- ZYPRIES, "Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen", en THEISSEN y NAGLER (ed.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, 11.

Informes nacionales

**Dificultades jurídicas y políticas en
la ratificación o implementación del
Estatuto de Roma de la Corte Penal
Internacional**

**Dificuldades jurídicas e políticas
para a ratificação ou implementação
do Estatuto de Roma do Tribunal
Penal Internacional**

1 • Introducción

La República Argentina fue uno de los países que impulsaron la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). Reflejo de ello es la activa participación que tuvieron los representantes argentinos en los trabajos preparatorios del Estatuto, que concluyeron con la adopción del tratado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998.¹

Argentina firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) el 8 de enero de 1999; a partir de allí, se inició un proceso interno de aprobación y ratificación que se desarrolló sin mayores obstáculos políticos ni jurídicos. El tratado fue aprobado por el Congreso de la Nación mediante la ley 25 390, sancionada el 30 de noviembre de 2000 y, unos meses después, el 8 de febrero de 2001, la República Argentina depositó el instrumento de ratificación, convirtiéndose de ese modo en uno de los primeros sesenta Estados en ratificar el Estatuto de Roma.²

¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI, Estatuto de Roma o Estatuto) puede encontrarse como documento UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998 (disponible en español en el sitio <http://www.un.org/spanish/law/icc/index.html>). Fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma (véase Acta final de la Conferencia, UN Doc. A/CONF.183/10). Entró en vigor el 1.º de julio del 2002.

² Sesenta era el número de Estados que debían depositar los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión del ECPI en poder del Secretario General de las Naciones Unidas para que el tratado entrara en vigor (artículo 126).

En cuanto a la implementación del ECPI,³ cabe destacar que los trabajos tendientes a adecuar la legislación nacional comenzaron antes de que el ECPI fuera aprobado y ratificado. Para ello se creó una comisión interministerial integrada por funcionarios que habían participado en las negociaciones durante el proceso de establecimiento de la Corte y por especialistas en derecho penal. Esta comisión elaboró un proyecto de ley de implementación del ECPI que fue remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el 8 de octubre de 2002. Comenzó entonces una serie de reuniones en el ámbito del Congreso en las que participaron legisladores, juristas y miembros de organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, la demora en lograr un acuerdo condujo a que el proyecto enviado por la comisión interministerial perdiera estado parlamentario. Tiempo después se elaboraron otros proyectos en el ámbito de la legislatura nacional que desembocaron en la preparación de un proyecto único por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que fue aprobado por esa cámara el día 23 de junio del 2004. Actualmente el proyecto de ley se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados.

En el presente informe se analizarán ciertas cuestiones constitucionales que pueden plantearse en relación con el ECPI, así como algunos aspectos vinculados a la adecuación normativa del sistema jurídico argentino.

2 • Obstáculos para la ratificación o la implementación del ECPI

2.1. Cuestiones constitucionales

La República Argentina no cuenta en el orden nacional con un mecanismo de control judicial sobre la compatibilidad constitucional de las leyes o los tratados que opere con anterioridad a su aprobación o a su ratificación (control preventivo). El

³ La expresión *implementación* (del ECPI) es utilizada para aludir a la adecuación normativa que deben llevar a cabo los Estados a efectos de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones que surgen del Estatuto de Roma y el juzgamiento en sede nacional de las conductas constitutivas de los crímenes de competencia de la CPI (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).

control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial sólo puede realizarse con posterioridad, en el momento en que la norma intente ser aplicada en el marco de un conflicto jurídico concreto. La falta de un mecanismo judicial de control constitucional previo a la ratificación de un tratado no implica que no exista ningún tipo de control, dado que éste debe ser llevado a cabo en primer término por los poderes del Estado que intervienen en su celebración, aprobación y ratificación, a los que compete velar por que los tratados internacionales que celebren sean conformes a los “principios de derecho público”⁴ establecidos en la Constitución nacional.⁵ En el caso del ECPI, el tratado fue firmado, aprobado y ratificado en un lapso relativamente breve sin mayores debates acerca de su constitucionalidad.

Teniendo en cuenta el sistema de control constitucional argentino, la posibilidad de que surjan planteos ante los órganos judiciales dependerá de la eventual impugnación de actos concretos que Argentina intente realizar en cumplimiento de las obligaciones que surgen del ECPI (por ejemplo, la entrega de una persona a la CPI).

A continuación se tratarán algunas de las cuestiones constitucionales que suelen discutirse en los diversos países como posibles obstáculos jurídicos para la ratificación del ECPI o para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de ese tratado, haciendo especial referencia al caso argentino.

⁴ El artículo 27 de la Constitución nacional establece: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁵ En cuanto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales, por regla, éstos se encuentran en un nivel inferior a la Constitución nacional (artículo 27) y superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, de la CN). A su vez, existen ciertos tratados internacionales que, a partir de la reforma de 1994, poseen “jerarquía constitucional” (artículo 75, inciso, 22, de la CN). Finalmente, la Constitución nacional prevé la posibilidad de que el Congreso otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mediante su aprobación por una mayoría de dos terceras partes de los votos de cada una de las dos Cámaras (artículo 75, inciso 22, de la CN). Hasta la fecha, se ha otorgado jerarquía constitucional a través de este mecanismo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24 820, sancionada el 30 de abril de 1997) y a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778, sancionada el 20 de agosto de 2003). La Constitución nacional, los tratados expresamente enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la CN y aquellos que alcancen jerarquía constitucional a través del mecanismo mencionado, conforman lo que algunos autores denominan *bloque de constitucionalidad*. De acuerdo con esta descripción, el ECPI es jerárquicamente inferior a la CN —no es un tratado enumerado en el artículo 75, inciso 22, de la CN, ni se le ha otorgado jerarquía constitucional— y, por lo tanto, en caso de un eventual conflicto deberían prevalecer los principios constitucionales por sobre lo dispuesto en el ECPI. De este modo, podría suceder que el Poder Judicial, al ejercer el control concreto de constitucionalidad, se opusiera al cumplimiento de un acto basado en el ECPI con el fin de asegurar la supremacía constitucional. Sobre la posibilidad de que se le otorgue jerarquía constitucional al ECPI, véase *infra* en nota al pie. Luego se hará mención también a la posible incidencia del artículo 118 de la Constitución nacional, norma que se refiere a los delitos contra el *derecho de gentes* y que, en los últimos años, ha sido interpretada como cláusula de recepción de normas internacionales referidas al derecho penal internacional.

2.1.1. *El ECPI frente a la soberanía estatal*

En primer término, cabe considerar si la Constitución nacional impone algún obstáculo para la celebración de un tratado que, como el ECPI, establezca un tribunal penal internacional con competencia para juzgar hechos cometidos en territorio argentino o cuyos autores sean nacionales argentinos. En relación con esta cuestión suele plantearse si la creación de la Corte Penal Internacional y las facultades que se le otorgan pueden de algún modo afectar la *soberanía* de los Estados nacionales.

Sin perjuicio de las dificultades que presenta un concepto como el de *soberanía estatal* para la teoría jurídica, es posible reconocer a su respecto al menos dos ámbitos problemáticos. Por un lado, el punto relativo a la posible afectación de aquellos espacios que el derecho internacional reserva a cada Estado (ámbitos respecto de los cuales se afirma que los Estados son “soberanos”). Por otro, la cuestión de si para un Estado es posible asumir compromisos internacionales que importen la cesión de ciertas competencias estatales (esto es, el problema de si es posible ceder cierta porción de “soberanía”). El primer aspecto señalado plantea un problema de derecho internacional; el segundo, de derecho constitucional.

Es claro que, desde el punto de vista de las reglas del derecho internacional, no existe obstáculo alguno para que un conjunto de Estados acuerde la creación de un tribunal penal que pueda actuar en relación con hechos que ocurran dentro de sus territorios o respecto de hechos cometidos por sus nacionales. El consentimiento que expresa el Estado al obligarse despeja cualquier cuestionamiento que pueda intentarse sobre la base de una lesión a la soberanía estatal. El ECPI no supone, en este sentido, ninguna alteración de los términos tradicionales que regulan la relación entre los Estados.⁶

El segundo de los aspectos señalados (la “cesión de soberanía”) supone considerar si existe algún límite constitucional que impida al Estado celebrar un tratado que establezca un tribunal penal internacional con competencia para juzgar hechos ocurridos en su territorio o presuntamente cometidos por sus nacionales. No se observan en la Constitución argentina disposiciones que se opongan a ello. Puede inclu-

⁶ Más compleja es la posible actuación de la Corte Penal Internacional a instancias del Consejo de Seguridad respecto de Estados que no sean partes en el Estatuto. Sin embargo, este problema no se presenta en el caso de Argentina, que ha ratificado el ECPI.

so decirse que el texto constitucional es sumamente compatible con la creación de un tribunal internacional. En primer término, debe tenerse en cuenta que la CN ya reconoce la existencia de tribunales internacionales creados por tratados de derechos humanos a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional.⁷ Asimismo, la Constitución prevé expresamente la posibilidad de celebrar tratados de integración “que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales” (artículo 75, inciso 24, CN).⁸ Finalmente, en el ámbito específico de los crímenes de derecho internacional la CN tiene una cláusula que se refiere expresamente a su persecución y muestra una particular amplitud en materia de jurisdicción. En efecto, la CN reconoce desde 1853 la jurisdicción extraterritorial de los tribunales argentinos para juzgar delitos contra el “derecho de gentes” (artículo 118).⁹ Si bien esta norma no alude a la creación de una jurisdicción penal internacional, refleja que la Constitución argentina, al menos en materia de crímenes definidos por el derecho internacional, parte de una idea sobre jurisdicción que supera los criterios tradicionales de territorialidad y nacionalidad. Por lo demás, es indudable que si la CN establece en esa norma —tal como se ha interpretado últimamente— la jurisdicción universal, que supone la competencia de los tribunales argentinos para juzgar hechos ocurridos en territorio de otros Estados, no puede sino reconocer recíprocamente la posibilidad de que otros Estados ejerzan su jurisdicción respecto de hechos que ocurran en territorio argentino.¹⁰ Con mayor razón debe admitir entonces la actuación de un tribunal penal internacional establecido por un tratado del cual es parte el Estado argentino.¹¹

Asimismo, no puede dejar de tenerse en cuenta que la jurisdicción de la CPI es subsidiaria de las jurisdicciones nacionales; por lo tanto, la ratificación del ECPI no

⁷ Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 75, inciso 22, de la CN también incluye la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tratado que menciona la posible actuación de una corte penal internacional (artículo 6), aunque no obliga a que los Estados reconozcan su jurisdicción.

⁸ Para la aprobación de estos tratados de integración la CN prevé un procedimiento diverso al del resto de los tratados. El ECPI no fue aprobado como *tratado de integración* sino de acuerdo con el régimen general.

⁹ El artículo 118 de la CN (artículo 102, antes de la reforma constitucional de 1994), ubicado en el capítulo relativo a las “Atribuciones del Poder Judicial”, dispone: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

¹⁰ Cf. Carlos Colautti: “El artículo 118 de la Constitución nacional y la jurisdicción extraterritorial”, p. 110.

¹¹ Cf. Germán Bidart Campos: “La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad”, p. 1.

supone para los Estados un recorte de su jurisdicción penal nacional.¹² Por otra parte, la competencia que se atribuye a la CPI para determinar la admisibilidad de un caso por indisposición o incapacidad del Estado para administrar justicia tampoco parece cuestionable. La evaluación de esa falta de disposición o de capacidad no podría quedar a cargo del propio Estado. Esa atribución reconocida al tribunal internacional es una instancia de control externo similar a las que se establecen en diversos tratados de derechos humanos que, como se ha dicho, tienen jerarquía constitucional. Se trata precisamente de mecanismos que tienden a proteger a las personas frente a la imposibilidad de obtener respuestas adecuadas de los poderes públicos nacionales.¹³

No se observan, por tanto, obstáculos constitucionales para la creación y actuación de un tribunal penal internacional con competencia subsidiaria para juzgar conductas ocurridas en territorio argentino o cuyos autores sean nacionales argentinos.

2.1.2. Compatibilidad del sistema penal del ECPI con derechos y garantías constitucionales

Una vez determinado que es admisible constitucionalmente la creación de un tribunal penal internacional, corresponde analizar si el *sistema penal* establecido mediante el ECPI puede presentar incompatibilidades con derechos y garantías constitucionales.¹⁴

¹² El poder que conservan los Estados en materia de administración de justicia también se observa en las reglas de cooperación establecidas en el Estatuto. Como principio, queda a cargo de las autoridades nacionales la ejecución de las medidas de cooperación y sólo en ciertos casos —siempre que no se trate de medidas coercitivas— pueden ser llevadas a cabo directamente por el fiscal de la Corte (artículo 99.4 del ECPI).

¹³ La importancia del control externo al Estado que consagran ciertos tratados de derechos humanos ha sido destacada por Pastor en relación con las garantías procesales, al señalar: “el aspecto en el que los tratados enumerados por la Constitución sí representan, en cambio, una gran innovación, es el de los mecanismos de control. Es sabido que el Poder Judicial, especialmente el tribunal de última instancia, tiene la función trascendental de asegurar la supremacía de la Constitución. Esto representa, para el derecho procesal penal, que el Poder Judicial es el guardián de las garantías y derechos individuales [...] Sin embargo, esta función de control del respeto de los derechos individuales pierde efectividad cuando se trata de garantías judiciales, dado que, en este caso, el órgano limitado en su poder por la garantía y el órgano encargado de controlar el respeto por las garantías aparecen confundidos” (cf. Daniel Pastor: “El llamado ‘impacto’ de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal”, pp. 97-98). El autor citado, empero, se muestra crítico respecto del análisis que, según el ECPI, debe hacer la Corte sobre la actuación de los Estados, dado que advierte que el control de la Corte no consiste en evaluar su “disposición a actuar” sino su “disposición a condenar” (cf. Daniel Pastor: “El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas”, p. 710).

¹⁴ Dentro del conjunto de derechos y garantías constitucionales deben entenderse comprendidos los que surgen del texto de la CN y los reconocidos en los diversos instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la CN).

La posible incompatibilidad de las normas del ECPI con ciertos principios constitucionales en materia penal es uno de los aspectos que suele estar presente a la hora de evaluar eventuales problemas de constitucionalidad del ECPI. Un ejemplo claro de ello es el caso de Colombia, país que ha llevado a cabo una reforma constitucional a efectos de prevenir cualquier dificultad derivada del “tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución”.¹⁵

Teniendo en cuenta el sistema de control de constitucionalidad que rige en el orden nacional, la relevancia de la cuestión planteada puede manifestarse al momento en que el Estado argentino se enfrente concretamente ante un pedido de cooperación de la CPI. Si el sistema penal creado por el ECPI fuese incompatible con normas constitucionales, existiría el riesgo de que una impugnación exitosa ante los tribunales nacionales impidiera cumplir el deber de cooperación que se ha asumido al ratificar el ECPI. Por ejemplo, cabría la posibilidad de que una persona cuya entrega fuese solicitada por la CPI lograra demostrar que cierto derecho constitucional sería menoscabado en el proceso penal ante la CPI y, sobre esta base, evitara su entrega.¹⁶

Una pregunta que puede plantearse aquí es si el Estado que acepta la jurisdicción de la CPI debe garantizar a sus habitantes que los derechos constitucionales en materia penal serán respetados en el proceso penal que se lleve a cabo ante el tribunal penal internacional. La aceptación de la jurisdicción de la CPI por un Estado implica habilitar una jurisdicción penal que podrá juzgar conductas cometidas en su territorio o por sus nacionales. El punto por determinar es si los derechos constitucionales en materia penal que protegen a las personas frente a la actuación del poder punitivo también deben ser resguardados frente a la actuación de una instancia penal habilitada por el Estado a través de un tratado internacional.

¹⁵ La reforma autoriza al Estado colombiano a reconocer la jurisdicción de la CPI y a ratificar el ECPI. Asimismo, agrega: “La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada por éste” (artículo 93). Sobre la reforma colombiana, véase Alejandro Aponte: “Informe sobre Colombia”, pp. 201 ss.

¹⁶ Los problemas para el cumplimiento del deber de cooperación con la CPI podrían darse básicamente respecto de los pedidos de entrega de personas. Es importante destacar que el ECPI, al regular la obligación de entrega de personas a la CPI (artículos 89 ss.), no contempla un catálogo de causales para denegar la solicitud. Por lo tanto, en principio, los Estados asumen un deber incondicionado de proceder a la entrega. En cuanto a otras formas de cooperación, el ECPI sí reconoce un límite: que la ejecución de una medida de asistencia esté “prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general” (artículo 93.3 del ECPI). En ese caso, el ECPI prevé un mecanismo de consultas entre el Estado y la CPI para tratar de resolver la situación. Si no se lograra arribar a una solución “la Corte modificará la solicitud según sea necesario” (idem).

En el caso argentino, la CN no contiene ninguna disposición que específicamente se refiera a los derechos de las personas frente a la actuación de tribunales penales internacionales. La CN establece, por un lado, un conjunto de principios y garantías en materia penal y, por otro, un límite general en materia de tratados según el cual éstos deben estar “en conformidad con los principios de derecho público” consagrados en la CN (artículo 27). Parece lógico interpretar que el conjunto de principios y garantías en materia penal establecidos por la CN forman parte de aquellos “principios de derecho público” que deben ser observados por los tratados internacionales. Una interpretación distinta conduciría a que los derechos y garantías constitucionales que protegen a las personas frente al poder punitivo pudieran ser menoscabados por el Estado mediante la creación de una instancia penal internacional. En otras palabras, la CN toleraría que el Estado mediante un tratado pudiera eludir derechos y garantías sobre los que no puede avanzar con su ley penal, interpretación que no resulta razonable.¹⁷ Por lo tanto, debe partirse de la premisa de que, cuando el Estado argentino someta a las personas bajo su jurisdicción a la actuación de un tribunal penal establecido mediante un tratado (bilateral o multilateral), los derechos y garantías constitucionales en materia penal también actuarán como límite jurídico y, por lo tanto, como un límite para la cooperación con ese tribunal.

Lo dicho es aplicable al caso del ECPI en tanto la ratificación por el Estado argentino del tratado que crea la CPI tiene el efecto jurídico de habilitar una instancia penal que podrá actuar respecto de personas que son titulares de derechos constitucionales que consagran límites frente al poder punitivo. Si, como se ha afirmado, el Estado argentino no puede avanzar sobre esos derechos constitucionales mediante un tratado (artículo 27, CN) —como no puede hacerlo a través de la ley—, entonces esos derechos constitucionales actuarán como límite jurídico frente al ECPI y podrán ser hechos valer por sus titulares en caso de que la CPI solicite su entrega a la República Argentina. Se trata de límites constitucionales para el juzgamiento y la condena penal que pueden actuar como límites para la cooperación con la CPI.¹⁸

¹⁷ Carecería de sentido que la CN tolerara, por ejemplo, que el Estado argentino pudiera establecer un tribunal penal con un país limítrofe para juzgar hechos de contrabando con un menor nivel de garantías que el que necesariamente debería observar un tribunal nacional para juzgar esos mismos hechos. Respecto del desarrollo de aspectos penales en el ámbito del Mercosur y de los problemas que pueden generarse en materia de garantías penales, puede verse Alejandro Álvarez: *Justicia penal y espacio regional*.

¹⁸ Más adelante se analizará si teniendo en cuenta la *materia* que regula el ECPI (derecho penal *internacional*) podría admitirse un régimen jurídico diverso del que se establece para el derecho penal común (o *nacional*). Por otro lado, un diverso tratamiento en materia de derechos y garantías podría intentar fundarse en que, puesto que el derecho penal regulado en el ECPI

Ahora bien, es posible que este esquema de análisis no sea aplicable a todos los pedidos de entrega de personas por parte de la CPI. En particular, la situación podría plantearse en términos diversos cuando los pedidos de entrega se refieran a personas y hechos que no guarden vinculación con la jurisdicción que Argentina ha reconocido (o “cedido”) a la CPI. Esto es, en los casos en los que la actuación de la CPI no tenga como fundamento jurídico el reconocimiento de su jurisdicción por Argentina, sino un fundamento jurídico autónomo: el reconocimiento de su jurisdicción por otros Estados partes, la remisión de un asunto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (artículo 13.b del ECPI) o la aceptación de su jurisdicción por Estados no partes en asuntos concretos (artículo 12.3 del ECPI). En estos casos, no habría lugar para que se planteara la cuestión de si el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI por Argentina merece algún reparo constitucional. Este aspecto sería irrelevante dado que la CPI al efectuar el pedido no estaría fundándose en el reconocimiento de su jurisdicción realizado por Argentina al ratificar el ECPI, sino en un fundamento distinto. Es por ello que, en estos supuestos, los pedidos de entrega de personas por la CPI sólo involucrarían problemas específicos de cooperación de modo análogo a lo que sucede cuando la República Argentina recibe solicitudes de extradición formuladas por Estados. En efecto, si —por ejemplo— la CPI pidiera la entrega de una persona por un hecho ocurrido en el territorio de un Estado *X* que hubiese reconocido la jurisdicción de la CPI, en ese caso la actuación de la Corte no tendría como fundamento jurídico el reconocimiento jurisdiccional realizado por el Estado argentino al ratificar el ECPI, sino un fundamento autónomo: la CPI podría actuar en ese caso debido a que el Estado *X* lo habría consentido (y ello con total independencia de si Argentina ha reconocido la jurisdicción de la CPI).¹⁹ Por lo tanto, el caso no se

tiene ya un origen internacional (a diferencia del ejemplo de la nota anterior, que propone un caso de derecho penal nacional que un tratado *internacionaliza*), debe admitirse que —en ese ámbito internacional— rija conforme a sus reglas propias, con independencia de cómo el Estado lo aplique en su ámbito nacional (a través de sus tribunales nacionales). Esta postura, que llevaría a la admisión de un diverso tratamiento según que el derecho penal internacional fuese aplicado por un tribunal *internacional* o por uno *nacional*, podría ser sostenida con buenos argumentos jurídicos (especialmente, que pusieran énfasis en la distinción entre el orden público internacional y el orden público interno); sin embargo, esta postura difícilmente evitaría una contradicción, al menos desde el punto de vista valorativo. ¿Por qué el Estado podría aceptar que un tribunal internacional juzgara a sus habitantes de un modo que la Constitución le prohíbe a sus tribunales nacionales, incluso cuando juzgasen la misma materia —derecho penal internacional—? Esta contradicción es especialmente notoria en el caso de que el tribunal internacional fuera establecido por un tratado internacional (como el ECPI), es decir, con el consentimiento del Estado.

¹⁹ Está claro que, en el caso del ejemplo, carecería de relevancia la circunstancia de que Argentina hubiese reconocido la jurisdicción de la CPI para juzgar hechos ocurridos en su territorio o a personas de su nacionalidad (y, por lo tanto, también sería irrelevante que ese reconocimiento de la jurisdicción de la CPI por Argentina fuese cuestionable constitucionalmente). El supuesto se presenta, entonces, para Argentina, sólo bajo el aspecto de la cooperación con la CPI. Cabe destacar que la cooperación con la CPI puede ser solicitada a cualquier Estado, aun cuando no sea parte en el ECPI. Incluso la CPI puede celebrar acuerdos de cooperación con Estados no partes

diferenciaría en sustancia de un pedido de extradición que fuera formulado directamente por el Estado *X* a la República Argentina. Y, en principio, no habría razones para que Argentina, al decidir si entrega o no a la persona requerida, fuese más exigente —al evaluar posibles afectaciones a derechos fundamentales— con la CPI de lo que sería con el Estado *X*. En suma, si la analogía entre extradición y entrega fuese correcta en estos casos, los límites para la cooperación con la CPI que podrían entrar en juego serían los límites que rigen en materia de extradición para el resguardo de derechos fundamentales.

De este modo, podrían distinguirse dos situaciones. Por un lado, los casos en los que la CPI solicite la entrega de una persona ejerciendo la jurisdicción que ha sido reconocida por el Estado argentino. En estos supuestos, las personas requeridas podrían cuestionar el reconocimiento de la jurisdicción penal internacional por parte de Argentina sobre la base de que ese sistema penal afecta algún derecho constitucional que consagra un límite frente al poder punitivo. En este sentido, el argumento de que el sistema penal del ECPI lesionaría derechos y garantías constitucionales en materia penal podría ser utilizado para cuestionar el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI y, en definitiva, para impedir la entrega. Por otro lado, cuando la solicitud de entrega se formule en el marco de situaciones ajenas a la jurisdicción que Argentina ha reconocido a la CPI, el caso guardaría similitud con un pedido de extradición y, entonces, los límites para la entrega serían semejantes a los límites para la extradición.²⁰

en el ECPI, es decir, con Estados que podrían estar dispuestos a asumir obligaciones de cooperación pero no a admitir la jurisdicción de la CPI. Reconocimiento de la jurisdicción de la CPI y obligación de cooperación con la CPI involucran, pues, relaciones diversas, aun cuando en el caso de los Estados partes ambas surjan del mismo instrumento (ECPI).

²⁰ Sin embargo, habría que evaluar hasta qué punto la analogía trazada entre casos de extradición a Estados y casos de entrega a la CPI puede alterarse por el hecho de que la CPI no es un tribunal de otro Estado sino un tribunal creado —entre otros— por el Estado argentino. Desde esta perspectiva, la entrega de una persona a la CPI podría ser vista como una especie de *autoentrega* y no, como sucede en los casos de extradición a Estados, como la entrega de una persona a una jurisdicción ajena. Una pregunta que cabría formularse es si la CPI ejercerá, en parte, la jurisdicción argentina y, en consecuencia, si algún límite constitucional referido al modo de administrar justicia penal puede aplicarse también al tribunal penal internacional integrado por Argentina. Esta cuestión no puede ser respondida aquí con seguridad. Sólo puede hacerse notar —como un elemento que podría tener incidencia en el análisis— que la jurisdicción de la CPI suele ser explicada de dos maneras diversas: según un modo de presentar a la CPI, la jurisdicción de este tribunal se nutre de las diversas jurisdicciones estatales que han concurrido a crearlo (a lo que habría que agregar el poder que el Consejo de Seguridad de la ONU deriva del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas); por el contrario, hay quienes observan a la CPI como un tribunal que ejerce un poder punitivo inherente a la comunidad internacional, es decir, un poder punitivo distinto del poder punitivo de cada Estado en particular. Esta última posición es sostenida por Triffterer cuando afirma: “[...] la Corte no ejerce una jurisdicción, a través del *ius puniendi* doméstico transferido a ella por los Estados partes. Más bien ejerce el *ius puniendi* inherente a la comunidad de naciones en su conjunto, que existe en forma paralela y —al menos en teoría— independientemente del nivel doméstico. Este poder se deriva del derecho internacional penal como parte del orden legal de la comunidad de naciones. Como tal tiene un mecanismo de ejecución propio. Este modelo de ejecución directa ha sido vigorizado cuando el Consejo de Seguridad estableció los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. Es el mismo modelo de ejecución que ahora será vigorizado por los primero 60 Estados

Una cuestión que aquí no podrá ser abordada es cuáles son exactamente los límites jurídicos que deben regir en materia de extradición para el resguardo de derechos fundamentales y si esos límites difieren de los que rigen en materia de juzgamiento y condena penal dentro del Estado que recibe la solicitud.²¹ Obviamente, si esos límites fueran idénticos, los casos que se han descrito deberían tener respuestas idénticas (toda afectación de un derecho constitucional en materia penal podría obstruir la extradición). Sin embargo, debe hacerse notar que habitualmente se entiende que el control que compete a los Estados que reciben una solicitud de extradición no consiste en un juicio acerca de si el Estado requirente garantiza todos y cada uno de los principios y garantías constitucionales en materia penal —y con el mismo alcance y derivaciones— que rigen en el ámbito nacional del país requerido.²² Si esta lógica se aplicara a los pedidos de entrega de la CPI, no necesariamente todos los límites para el juzgamiento y la condena que se reconocen en el nivel nacional serían obstáculos para la entrega de personas.

A continuación se mencionarán algunos puntos problemáticos del ECPI frente a principios constitucionales en materia penal y se analizará en qué medida ello podría dar lugar a dificultades para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la CPI. Finalmente, se intentará plantear las alternativas que se presentan para el Estado argentino frente al panorama resultante.

partes. Ellos y todos los Estados que ulteriormente se sumen, sólo están de acuerdo en hacer uso de esa jurisdicción ahora y en cómo ejercerla por una Corte Penal Internacional permanente". En suma, para este autor la CPI "[...] no ejerce una parte de la jurisdicción estatal o de la soberanía estatal, sino la jurisdicción penal independiente, que es inherente a la comunidad internacional en su conjunto" (cf. Otto Triffler: "Domésticos de ratificación e implementación", p. 37).

²¹ La discusión sobre el alcance del deber del Estado que recibe un pedido de extradición de proteger los derechos de las personas frente a posibles violaciones de esos derechos por parte del Estado requirente puede verse en el trabajo de Mónica Karayán "Extradición y derechos humanos", donde analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos y refleja la postura de la Corte Suprema argentina en la materia.

²² Un argumento recurrente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de solicitudes de extradición es que se trata de un procedimiento que no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, sino establecer si su derecho a permanecer en el país (artículo 14, CN) debe ceder frente a una solicitud de cooperación internacional. Un ejemplo de análisis diferenciado según se trate de un caso de extradición o de un caso de juzgamiento puede verse en los votos del juez Fayt en los casos *Priebke* y en los más recientes casos *Arancibia Clavel* y *Simón*, todos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso del pedido de extradición de *Priebke*, el juez Fayt sostuvo que los hechos imputados constituían genocidio y que esa clase de delitos no prescribía. A su vez, en *Arancibia Clavel* y en *Simón*, casos que se referían a procesos penales en curso ante los tribunales nacionales, el juez Fayt expresó las razones por las cuales consideraba que la aplicación de la norma consuetudinaria o convencional referida a la imprescriptibilidad de crímenes de derecho internacional violaba el principio de legalidad. Precisamente, al explicar la diferencia entre el caso *Priebke* y los otros dos casos indicados, el juez recurrió al argumento mencionado más arriba que distingue entre casos de extradición y casos de juzgamiento.

2.1.2.1. Algunas cuestiones problemáticas que surgen del ECPI

Es evidente que, como sistema penal, el ECPI constituye un avance frente a experiencias anteriores como las de los tribunales *ad hoc*. Por primera vez se establece un tribunal penal internacional con carácter permanente y con anterioridad a los hechos que podrá juzgar; se define de antemano un catálogo escrito de las conductas prohibidas y de las penas aplicables; se afirma la vigencia del principio de legalidad excluyendo (o limitando en gran medida)²³ la posibilidad de recurrir al derecho consuetudinario para la determinación de las conductas prohibidas; y se fijan las reglas procesales que habrán de aplicarse para la investigación y el juicio.

Con todo, es posible detectar en el ECPI algunas normas problemáticas frente a principios constitucionales en materia penal. En particular, suelen señalarse ciertas deficiencias del ECPI frente a los principios de *legalidad* y de *culpabilidad*. Por ejemplo, la falta de precisión en la determinación de la conducta prohibida que se advierte en algunas disposiciones del ECPI puede cuestionarse por infringir el mandato de determinación (*lex certa*). Otro tanto puede decirse respecto de la amplitud de la escala punitiva fijada en el artículo 77 y la falta de claridad de ese mismo artículo del ECPI al definir en qué supuestos la CPI podrá aplicar la prisión perpetua.²⁴ Asimismo, se generan dudas en cuanto a la vigencia plena del principio de culpabilidad dado que el ECPI podría no reconocer en ciertos supuestos la relevancia excusante del error de prohibición inevitable (artículos 32 y 33 del ECPI).²⁵

²³ No es posible afirmar que la Corte Penal Internacional prescindirá de las normas consuetudinarias no recogidas en el ECPI para determinar el ámbito de lo punible. Al menos, parece que en algunos casos la costumbre podrá jugar un papel en la integración del tipo penal. Así, por ejemplo, en el crimen de lesa humanidad de encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en “violación de normas fundamentales de derecho internacional” (artículo 7.1.e del ECPI) y en el crimen de lesa humanidad de persecución por “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 7.1.h del ECPI). El recurso al derecho consuetudinario en estos crímenes es mencionado, e incluso admitido para el derecho alemán, en la exposición de motivos del proyecto de ley de Código Penal Internacional alemán (cf. la versión traducida al español por Alicia Gil Gil en el sitio <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbspanisch2.pdf>). Efectivamente, el Código Penal Internacional alemán se refiere al que “prive gravemente de la libertad a una persona en violación de las normas generales del derecho internacional” y al que persiga por “otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del derecho internacional” (cf. los § 7.1.9 y 7.1.10; la versión en español a cargo de Alicia Gil Gil puede verse en <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbspan.pdf>). En la exposición de motivos se explica que la fórmula elegida para ese proyecto (“reglas generales del derecho internacional”) se aleja del ECPI y se remite a una persona en la Constitución alemana, “abarcando así únicamente aquellas normas del derecho consuetudinario internacional que poseen validez mundial”.

²⁴ El artículo 77.1 del ECPI establece para todos los delitos mencionados en el artículo 5 la pena de “reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años” y, en forma alternativa, la “reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

²⁵ Cf. Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional*, pp. 433-452. La doctrina argentina actual entiende que el carácter exigente de ciertos errores de prohibición viene impuesto por la propia Constitución nacional (cf. Marcelo

Los problemas planteados parecen tener origen en factores diversos. Así, la falta de determinación de algunas conductas puede deberse en ciertos casos a que las formulaciones de ECPI han sido tomadas de instrumentos internacionales que no tenían la precisión requerida para la redacción de leyes penales; la irrelevancia de ciertos errores de prohibición proviene de reglas del *common law*. Otras deficiencias, en cambio, pueden obedecer simplemente a que durante las sesiones preparatorias del ECPI no se logró arribar a una mejor solución desde el punto de vista de la técnica legislativa.

Como resultado de ello, el ECPI exhibe ciertas deficiencias en relación con las exigencias necesarias para asegurar el máximo nivel de efectividad del principio de legalidad y del principio de culpabilidad (al menos, tal como se formulan estos principios en algunos países, especialmente en el área del *civil law*).

Es verdad que el nivel de reconocimiento o de efectividad de esos principios en la práctica constitucional de los Estados no siempre se aproxima a sus formulaciones más ricas. Ello puede verse en el estado actual de la legislación penal argentina, que a los problemas tradicionales ha sumado los que se originaron en las innumerables reformas producidas en los últimos años, marcadas por la improvisación y la muy baja calidad técnica, y que ha dado lugar a la producción de leyes penales que exhiben en algunos casos una escasa determinación de la materia regulada. A ello se agrega que el control de constitucionalidad no se ha mostrado demasiado riguroso en cuanto a las exigencias que impone el mandato de determinación.²⁶ También puede señalarse que en materia de penas la ley argentina permite llegar a escalas más amplias que la del artículo 77 del ECPI; así, es posible que el juez deba determinar una pena en una escala de un mes a cincuenta años de prisión.²⁷ Es evidente entonces que los

Sancinetti: "Error, dolo, culpabilidad: ¿un problema de 'lege lata'?", p. 34; Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho penal. Parte general*, pp. 506 y 692).

²⁶ Un ejemplo clásico de la jurisprudencia argentina es la convalidación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del tipo penal que prohibía los "actos de exhibiciones obscenas" (artículo 128 del Código Penal). En ese fallo la CSJN expresó que "la 'ley previa' no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que —como en el caso—, cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural" (cf. el fallo dictado en el caso *Musotto* el 29 de septiembre de 1987). El Código Penal vigente tiene un tipo penal similar en el artículo 129.

²⁷ Por ejemplo, en caso de una condena por varios hechos de robo. En caso de concurso real de delitos, la regla del artículo 55 del Código Penal determina que la escala aplicable "tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión". El hecho de que se trate de una pluralidad de conductas no modifica sustancialmente la cuestión planteada, dado que lo relevante es que el juez se enfrenta a la posibilidad concreta de imponer tanto un mes como

problemas del ECPI se asemejan a los que se presentan en la legislación penal nacional y algunos de ellos probablemente no serían reconocidos por los tribunales argentinos como violatorios de los principios fundamentales señalados. Sin embargo, la relativa falta de efectividad de principios constitucionales en el ámbito nacional no es un argumento convincente para dejar de tomar en cuenta las falencias que pueden detectarse en el ECPI. Por lo demás, algunas disposiciones del ECPI son severamente cuestionables: por ejemplo, la definición del crimen de *apartheid* (“otros actos inhumanos de carácter similar”) o la indeterminación de los supuestos en que puede imponerse la prisión perpetua (“cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”).²⁸

Tomando como base los ejemplos mencionados puede afirmarse que al menos algunas normas del ECPI, tal como están redactadas, podrían dar lugar a una condena penal en condiciones que no serían tolerables para la Constitución nacional.²⁹

Ahora bien, hay que recordar que los Estados, al organizar su propio sistema de persecución penal nacional de crímenes de derecho internacional, no están obligados a copiar en la legislación interna las normas del ECPI. Por lo tanto, no existen razones para que las deficiencias señaladas sean trasladadas al ámbito de la legislación penal nacional en el momento de *implementar* el ECPI. Las leyes nacionales pueden determinar con mayor precisión las conductas prohibidas, fijar escalas penales más acotadas o reconocer ampliamente la relevancia excusante del error de prohibición.³⁰

cincuenta años de prisión. Al problema de la amplitud de la escala penal se agrega la circunstancia de que las reglas previstas para la determinación judicial de la pena son muy imprecisas y, por lo tanto, permiten un uso arbitrario.

²⁸ Si bien esas normas alcanzan un grado mayor de determinación con los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, siguen en pie supuestos indeterminados. Así, en relación con las conductas de *apartheid* en los Elementos de los Crímenes se establece que debe tratarse de uno de los actos mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI, pero agrega “o que fuera de carácter semejante a alguno de esos actos” y, en nota al pie, que *carácter* se refiere a “la naturaleza y gravedad del acto”. Por su parte, la regla 145 enumera circunstancias agravantes que sirven tanto para graduar la pena dentro de la escala prevista en el artículo 77 del ECPI, como para imponer la prisión perpetua; luego de mencionar algunos criterios, la regla agrega “otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas”.

²⁹ Luego se mencionarán tres ejemplos de normas procesales que, según cómo las interprete la CPI, podrían dar lugar a problemas constitucionales. Los posibles casos problemáticos no se reducen a estos ejemplos. Sin embargo, cabe advertir que aquí no se intenta transmitir la idea de que el ECPI está plagado de normas problemáticas, sino de que contiene algunas normas que podrían generar conflictos. Obviamente, una lista de esas normas exigiría un análisis detallado de cada una de las disposiciones del ECPI, de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Una referencia a la perpetuidad de la pena de reclusión prevista en el artículo 77.1.b del ECPI se realiza más adelante en un acápite separado.

³⁰ Ello podría llevar a que en ciertos supuestos la legislación nacional no considerara punible alguna conducta que sí lo fuera en el sistema del ECPI; por ejemplo, si se admitiera la relevancia del error de prohibición inevitable en un supuesto que para el ECPI no fuera relevante. En la práctica, se trataría de supuestos marginales y que no justificarían la activación de la jurisdicción subsidiaria de la CPI.

Sin embargo, una implementación acorde con las exigencias constitucionales sólo despeja una parte de los problemas. Subsisten aún las posibles dificultades para el cumplimiento de las obligaciones de cooperación con la CPI dado que los jueces, al realizar el control concreto de constitucionalidad, podrían rechazar medidas solicitadas por ese tribunal internacional.

2.1.2.2. La posible incidencia del reconocimiento constitucional del derecho penal internacional

Un camino que debe explorarse es hasta qué punto el hecho de que la materia regulada en el ECPI sea derecho penal *internacional* puede conducir a la admisión de un tratamiento diferente del que constitucionalmente se exige en materia penal. Teniendo en cuenta la jurisprudencia argentina de los últimos años y el reconocimiento que la propia Constitución nacional hace del derecho penal internacional (artículo 118), muy probablemente este análisis centrado en una diferente *materia* estaría presente en caso de que ante los tribunales argentinos se presentaran impugnaciones constitucionales para evitar la entrega de una persona a la CPI.

Los principios que en materia penal consagran las constituciones de los Estados no necesariamente se reconocen con el mismo alcance en el derecho penal internacional. Esto es claro en el caso del principio de legalidad, dado que el derecho penal internacional no exige una *ley* en sentido formal. Ello sigue siendo así a pesar de que el Estatuto de Roma ha establecido un sistema penal que en materia de legalidad intenta aproximarse al derecho penal nacional.

El diferente alcance del principio de legalidad en el derecho penal internacional es un aspecto que ha estado presente en la jurisprudencia argentina de los últimos años.³¹ Por un lado, se ha reconocido la autonomía de sus reglas frente al derecho nacional y en particular el diverso sistema de fuentes —que incluye la costumbre internacional—. Por otro, está en plena discusión el modo en que las normas del derecho penal internacional deben aplicarse por los tribunales penales nacionales en el juzgamiento de hechos ocurridos en Argentina. En este sentido, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado recientemente la regla de la

³¹ Cf., sobre el tema, Ezequiel Malarino: “Informe sobre Argentina”; Martín Abregú: “Apostillas a un fallo histórico”; Rodolfo Mattarollo: “La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad”.

imprescriptibilidad recurriendo para ello a la costumbre internacional.³² De esta manera, ha admitido no sólo que el principio de legalidad tiene una distinta formulación en el ámbito del derecho penal internacional, sino también que en esta materia el principio de legalidad establecido en la CN no rige o no rige del mismo modo que frente al derecho penal común (al menos en cuanto a la exigencia de una *ley* en sentido formal). Esta posición ha sido sostenida en precedentes de diversos tribunales argentinos. Para fundar esta aplicación de las reglas del derecho internacional se afirma, entre otros argumentos, que el artículo 118 de la CN es una cláusula abierta que permite recibir, en el nivel constitucional, las normas y principios elaborados en el ámbito internacional en materia de crímenes “contra el derecho de gentes”.

Esta admisión —en el plano constitucional— de que el derecho penal internacional tiene reglas propias y, en alguna medida, distintas de las que rigen el derecho penal nacional podría conducir a que las bases para efectuar el juicio de si el ECPI está “en conformidad con los principios de derecho público” de la CN se vieran alteradas. En efecto, si la CN admitiese que el derecho penal internacional tiene características esenciales distintas de las del derecho penal nacional, el análisis de compatibilidad entre el ECPI y la CN debería tomar en cuenta esas diferencias. Esta manera de analizar la cuestión podría conducir a que ciertas divergencias entre normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal fueran toleradas por la propia CN.

En efecto, una exégesis posible del artículo 118 de la CN,³³ que tiene cierto apoyo de la doctrina y —en especial— de la jurisprudencia argentinas, es que ese artículo recibe y otorga jerarquía constitucional a aquellas reglas referidas a crímenes de derecho internacional que rigen —en principio— universalmente, esto es, la cos-

³² Cf. los fallos dictados por mayoría el 24 de agosto de 2004 en el caso *Arancibia Clavel* y el 14 de junio de 2005 en el caso *Simón*.

³³ En el texto se analizará la capacidad de rendimiento que podría tener una interpretación amplia del artículo 118 de la CN en el juicio de compatibilidad constitucional de las normas del ECPI. Sin embargo, es preciso señalar que esta disposición constitucional soporta distintas interpretaciones y difícilmente alguna de ellas pueda presentarse como concluyente. No se analizan aquí interpretaciones más restrictivas simplemente porque no producirían ninguna consecuencia respecto de la compatibilidad del ECPI con la CN. Varios aspectos son relevantes para determinar el alcance del artículo 118: si constituye o no una cláusula de recepción de normas del derecho penal internacional, si recibe toda norma referida a esa materia o sólo algunas, si las normas recibidas en esa disposición adquieren jerarquía constitucional o no y, finalmente, en caso de interpretarse que efectivamente gozan de jerarquía constitucional, cómo se relacionan con los principios constitucionales en materia penal (y dentro de esta pregunta todavía habría que considerar si la respuesta podría depender de que la aplicación de las normas se efectuara en un juicio ante un tribunal nacional o ante un tribunal internacional). Estos aspectos, que no pueden ser tratados aquí, fueron ampliamente analizados por Malarino en su “Informe sobre Argentina”.

tumbre general y, dentro de ella, las normas imperativas (*ius cogens*).³⁴ Esta interpretación parte de la base de que existe una apertura de la Constitución hacia aquellas reglas que la comunidad internacional en su conjunto asume como obligatorias. Y esa apertura llegaría al punto de que esas normas que expresan el consenso general sobre la materia tendrían jerarquía constitucional y podrían conducir a la admisión de ciertas divergencias respecto de los principios penales contenidos en la CN. No sucedería lo mismo con el resto de las normas de derecho internacional referidas a materia criminal y, entonces, las normas contractuales no ingresarían a través del artículo 118 de la CN ni tendrían jerarquía constitucional sobre la base de este artículo, sino que se regirían por las disposiciones de la CN referidas a tratados internacionales.³⁵

Conforme a esta interpretación, el ECPI no tiene jerarquía constitucional, sino la que le confiere el artículo 75, inciso 22, de la CN, esto es, una jerarquía superior a las leyes nacionales e inferior a la CN. Empero, algunas normas recogidas en el ECPI podrían ya gozar de jerarquía constitucional en tanto fueran a su vez normas consuetudinarias recibidas por el artículo 118. De este modo, el artículo 118 de la CN podría tener el efecto de dejar a salvo la compatibilidad constitucional de esas normas del ECPI aun cuando exhibieran alguna divergencia respecto de los principios constitucionales en materia penal.

³⁴ Las interpretaciones que hasta el momento ha proporcionado la doctrina sobre el artículo 118 de la CN no han sido lo suficientemente claras en cuanto a qué normas del derecho penal internacional deberían considerarse recibidas por esa cláusula constitucional. En general, la doctrina que ve en ese precepto una norma de recepción del derecho penal internacional parece referirse a normas *consuetudinarias* de alcance general. Por su parte, la jurisprudencia que ha aplicado normas de derecho penal internacional con base en el artículo 118 siempre ha afirmado el carácter consuetudinario de la norma aplicada (y, muchas veces, ha subrayado su condición de *ius cogens*). Esto ha sucedido tanto con la definición de los crímenes de derecho internacional cuanto con la norma que establece su imprescriptibilidad.

³⁵ Esta diferenciación entre la costumbre internacional y las normas convencionales podría ser fundada del siguiente modo. Las normas internacionales contractuales son creadas por los órganos políticos del Estado, esto es, por los mismos órganos que crean la legislación nacional. La CN impone un límite a la creación normativa por parte de esos poderes estatales. En materia de tratados internacionales, el artículo 27 establece que deben ser conformes a los principios de derecho público consagrados en la CN. Esto significa que los tratados no podrían alterar esos principios constitucionales (como tampoco las leyes pueden hacerlo). No se plantea la misma situación respecto de la costumbre internacional. Ella no es creada por los órganos de un Estado en particular y por lo tanto no puede tener un límite como el del artículo 27. El Estado no puede regular la producción de la costumbre internacional, sino solamente cómo ingresa en su ordenamiento y con qué jerarquía. El artículo 118 de la CN puede servir de base para fundar la jerarquía constitucional de la costumbre general en materia de derecho penal internacional y para interpretar que en esta materia la CN tolera un tratamiento diferente del que establece para el ámbito penal común. Ello supondría una apertura de la CN hacia aquellas normas del derecho penal internacional que rigen universalmente (y es claro que frente a ellas el artículo 27 no opera). En cuanto a los tratados, no se modificaría sustancialmente la cuestión si se interpretara que los referidos a derecho penal internacional tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 118, dado que seguiría existiendo el límite inicial del artículo 27 de la CN que ejercería una resistencia frente a la creación de cualquier tratado que pretendiera alterar los principios de derecho público establecidos en la CN. En definitiva, más allá de la cuestión de la jerarquía de los tratados, éstos —por imperio del artículo 27 de la CN— deberían ceder ante un eventual conflicto con principios constitucionales. Sólo dejando de lado el artículo 27 podría fundarse un mayor rendimiento de la fuente convencional en el sistema jurídico argentino.

Sin embargo, sobre la base de esta interpretación amplia del artículo 118 de la CN —cuya corrección requeriría un debate más profundo— no podría concluirse que *cualquier* déficit del ECPI frente a principios fundamentales en materia penal sería admitido constitucionalmente. El artículo 118 de la CN bien podría servir de base para tolerar ciertas particularidades del derecho penal internacional —y divergencias respecto de los principios constitucionales en materia penal— que expresaran sus características esenciales como materia (como su sistema de fuentes) o que reflejaran el contenido concreto de normas consuetudinarias (como la que establece la responsabilidad penal frente al derecho internacional o las que definen las conductas punibles); pero ese artículo constitucional no serviría para dejar a salvo la compatibilidad constitucional de cualquier regla que forme parte del ECPI (o que integre cualquier otro tratado de “derecho penal internacional”).³⁶

Como ya se ha visto, algunos cuestionamientos al ECPI se vinculan con la falta de certeza de ciertas disposiciones. La consideración de esta impugnación podría dar lugar a una discusión sobre el alcance del principio de legalidad en el derecho penal internacional a efectos de determinar si éste admite un grado menor de precisión (o permite un mayor protagonismo de la jurisprudencia en la determinación del contenido de las normas). Por este camino se podría intentar justificar la admisión de algunas disposiciones del ECPI que no tuvieran el mismo grado de precisión que requiere el principio de legalidad en materia penal tal como se lo entiende en Argentina. Sin embargo, este argumento no debería servir para justificar toda norma imprecisa cualquiera que fuese el grado de imprecisión (a menos que se esté dispuesto a afirmar que en el derecho penal internacional no rige la exigencia de *lex certa* o que sólo rige en *muy* escasa medida). Cabe señalar que la necesidad de que las normas penales tengan cierto grado de claridad se exige aun en los sistemas en los que no rige la reserva de “ley”.³⁷ Por ello, ni siquiera las normas consuetudinarias pueden ser

³⁶ Malarino ha sostenido la interpretación de que el artículo 118 de la CN recibe en el nivel constitucional las normas del derecho penal internacional sin distinción en cuanto a su origen contractual o no contractual. De este modo, se ampliaría el universo de normas con jerarquía constitucional (y el ECPI estaría dentro de ellas). Sin embargo, es importante destacar que este autor ha postulado —al menos cuando se trate de juicios ante los tribunales argentinos— que las normas internacionales con contenido penal recibidas a través del artículo 118 deben ceder en tanto entren en conflicto con derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (cf. “Informe sobre Argentina”, especialmente, pp. 51 ss.).

³⁷ Cf. Víctor Ferreres Comella: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 25-30, donde este autor explica que el principio de taxatividad también se impone en los sistemas que admiten los *common law crimes* (por ejemplo, a través de la doctrina de la *nullidad por vaguedad* en el ámbito del derecho estatal norteamericano) y rige asimismo en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos aun cuando esa carta de derechos y la jurisprudencia del TEDH no exigen la reserva de ley. Sobre la distinción entre *reserva de ley* y *taxatividad*, Ferreres Comella aclara que “son

aceptadas si no aseguran un cierto grado de determinación.³⁸ Menos explicable aún sería admitir normas imprecisas elaboradas convencionalmente, dado que en esos casos, por tratarse de una fuente escrita, no existe ningún obstáculo para que se las formule con un grado aceptable de precisión.³⁹ La conclusión de que cualquier norma imprecisa del ECPI debe tolerarse porque el derecho penal internacional no exige el mismo grado de determinación que el derecho penal nacional no es aceptable. Por tanto, el recurso al artículo 118 de la CN, si bien puede ser eficaz para admitir que en derecho penal internacional sea válido recurrir a normas consuetudinarias, no puede justificar la legitimidad de una norma gravemente imprecisa.⁴⁰

Otro tanto podría decirse con relación al principio de culpabilidad o frente a posibles vulneraciones de principios constitucionales a partir de normas de carácter procesal contenidas en el ECPI. La apelación a que el derecho penal internacional tiene características propias y diversas de las del derecho penal nacional no puede ser utilizada irreflexivamente para justificar cualquier deficiencia que presente un tratado referido a esa materia frente a principios constitucionales.

Por lo tanto, aun considerando la capacidad de rendimiento que el artículo 118 de la CN tendría sobre la base de esta interpretación amplia, no es posible descartar la existencia de conflictos entre normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal.

conceptualmente distintos. Y también son diversos sus fundamentos justificativos: mientras que la taxatividad, según he apuntado, protege la certeza jurídica y la imparcialidad (o igualdad en la aplicación del derecho), la reserva de ley, en cambio, está al servicio de otro principio: la democracia" (idem).

³⁸ En este sentido, en derecho penal internacional, aun cuando no rija la exigencia de "ley" en sentido formal, también se impone el requisito de la certeza. Ello ha llevado a Alicia Gil Gil a rechazar la mera costumbre como fuente del derecho penal internacional. Según esta autora, "aunque sea posible constatar la preexistencia de una norma consuetudinaria, ésta difícilmente podrá dar cumplimiento al principio de taxatividad o concreta delimitación de la conducta punible, que exige ley escrita y estricta. Esta dificultad se palia mediante la mencionada interacción entre las distintas fuentes del derecho internacional. Cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de *ius cogens* o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto escrito con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre" (cf. *Derecho penal internacional*, pp. 88-89). Debe decirse, de todos modos, que si bien el texto escrito seguramente es el mejor modo de garantizar la certeza (y una exigencia constitucional en los países donde se establece la reserva de ley), no es posible afirmar que es el único medio para asegurarla. Por lo tanto, la afirmación de que el principio de taxatividad exige ley escrita no es universalmente válida. Esta relativización no tiene por qué conducir al rechazo del requisito mencionado por Gil Gil de que la costumbre deba estar reflejada también en un texto escrito para poder ser aplicada. Esa exigencia puede ser defendida precisamente si se parte de que el texto escrito es el mejor modo de asegurar que el contenido de una norma sea cierto —aunque no sea el único.

³⁹ Las normas convencionales, a diferencia de las consuetudinarias, no requieren una exploración de antecedentes para determinar su existencia y alcance. Es por ello que el grado de incertidumbre que —quizás, ineludiblemente— se genera en torno de las normas consuetudinarias no puede ser trasladado al ámbito de las normas creadas mediante la adopción de un texto escrito.

⁴⁰ La discusión aquí consistiría en qué grado de indeterminación puede tolerarse en el texto y qué papel puede jugar la jurisprudencia en la determinación del contenido de la norma.

2.1.2.3. Posible solución de aspectos problemáticos dentro del sistema del ECPI

Otro aspecto que podría tener incidencia en el análisis de compatibilidad entre el sistema penal establecido por el ECPI y los principios de derecho público de la CN se refiere a la existencia de mecanismos dentro del propio sistema del ECPI que puedan conducir a que la CPI reduzca (o elimine) los ámbitos problemáticos que inicialmente se advierten en el texto del ECPI.

En efecto, dentro de los sistemas jurídicos suelen presentarse textos normativos problemáticos frente a principios de jerarquía superior. En esos casos, se utilizan mecanismos tendientes a evitar una colisión entre esos preceptos y los principios en juego (por ejemplo, la interpretación) o bien a privar de efectos a la norma de menor jerarquía (invalidación, declaración de inconstitucionalidad, etcétera). Es por ello que el mero hallazgo de un texto problemático no tiene por qué conducir necesariamente a que el *sistema* como tal deba ser considerado incompatible con cierto principio.

Cabe preguntarse entonces si ciertos rasgos problemáticos que se advierten en el *texto* del ECPI frente a principios constitucionales admitidos en un importante número de Estados partes podrían ser resueltos de un modo satisfactorio por la propia CPI. Si existiera esa posibilidad, sería apresurado formular un juicio definitivo sobre la compatibilidad del *sistema* del ECPI con tales principios.⁴¹

Una posibilidad con la que habría que contar es que la CPI arribara a soluciones admisibles a través de la *interpretación* de las normas del ECPI. Un caso de éstos podría ser el error de prohibición.⁴² A su vez, en relación con la determinación de las conductas prohibidas, podría admitirse que en el sistema del ECPI la jurisprudencia desempeñe un papel más relevante en la estabilización del sentido de las normas que el que suele reconocerse —al menos de modo manifiesto— en el ámbito nacional y,

⁴¹ Aquí, a diferencia de lo expuesto en el párrafo anterior, se trata de un análisis *externo* del sistema, dado que los principios constitucionales que rigen en los Estados partes no integran el sistema del ECPI —salvo el reconocimiento que podrían tener dentro del sistema de fuentes del ECPI sobre la base del artículo 21.1.c—. Por lo tanto, los posibles conflictos entre normas del ECPI y los principios constitucionales no podrían resolverse del modo en que se aseguran esos principios constitucionales dentro de cada Estado. La CPI, si pretende arribar a soluciones compatibles con los principios constitucionales de los Estados partes, debería recurrir a mecanismos disponibles *dentro* del sistema del ECPI. Esta posibilidad es la que se analiza en el texto.

⁴² Sobre la posibilidad de que el ECPI sea interpretado de un modo tal que admita la relevancia de errores de prohibición, Alicia Gil Gil: "Informe sobre España", pp. 367-372; Dino C. Caro Coria: "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", pp. 161-162.

en general, en los sistemas del *civil law*.⁴³ En este sentido, la CPI podría en algunos casos determinar con un grado aceptable de precisión el universo de supuestos abarcados por una norma que en principio se presente demasiado abierta.⁴⁴

Con todo, podría quedar alguna norma cuyo grado de indeterminación fuese más allá de lo tolerable y ni siquiera fuera rescatable por vía de su interpretación. Frente a ello cabe preguntarse si para la CPI será posible recurrir a algún método que conduzca a la *no aplicación* de cierto precepto. Una alternativa es que la CPI reconozca en algún caso que una norma es demasiado indeterminada y decida *de hecho* no aplicarla. Así, por ejemplo, la CPI podría partir de la base de que el ECPI no establece con suficiente claridad en qué supuestos correspondería aplicar la prisión perpetua y, en consecuencia, decidir que en todos los casos impondrá penas a un número determinado de años de prisión.

Más difícil es que la CPI pueda encontrar un método de *invalidación* de normas del ECPI. El sistema del ECPI no tiene en la cúspide algo así como una constitución o una carta de derechos fundamentales. Como tratado, el ECPI sí está sometido a escrutinio a través de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*).⁴⁵ Sin embargo, no existen normas imperativas que definan el grado de precisión requerido por el principio de legalidad o que establezcan que el principio de culpabilidad debe asegurarse a través de la relevancia del error de prohibición inevitable. Es por ello que, al menos en cuanto a estas materias, todo indica que la norma de máxima jerarquía será el propio ECPI.⁴⁶ Por lo tanto, no parece sencillo que la CPI pueda encontrar mecanismos similares a los que suele haber en los sistemas nacionales para resguardar derechos fundamentales y que permiten llegar a la invalidación de normas de inferior jerarquía.

⁴³ El valor normativo de la jurisprudencia no es una cualidad exclusiva del *common law*. Como demuestra el estudio de Víctor Ferreres Comella, también en los sistemas del *civil law* la jurisprudencia actúa como complemento de la ley y permite reducir la imprecisión de los textos legales. Cf. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*.

⁴⁴ O limitar la aplicación de ciertas normas a los casos más claros. Por ejemplo, en el crimen de *apartheid*, restringir el ámbito de esa figura a las conductas enumeradas en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI, dejando de lado el supuesto de actos de "carácter semejante" que aparece mencionado en los Elementos de los Crímenes.

⁴⁵ Cf. los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴⁶ Ahora bien, ¿podrá la CPI derivar la facultad de dejar sin efecto ciertas normas del Estatuto sobre la base de otras? Por ejemplo, el principio de legalidad consagrado en el artículo 22 establece que nadie podrá ser condenado "a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte" (artículo 22.1) y luego consagra que la definición de un crimen será interpretada estrictamente, que no se hará extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena (artículo 22.2). De la lectura de esta disposición surgen criterios de interpretación pero no la posibilidad de dejar sin efecto una norma del ECPI ¿Podría la Corte ir más allá de los criterios de interpretación mencionados en ese artículo y llegar a privar de todo efecto a una norma demasiado ambigua?

Por otra parte, el sistema del ECPI tampoco está sometido a un control externo como sucede habitualmente con los sistemas nacionales cuyo funcionamiento puede ser evaluado por tribunales internacionales (Comité de Derechos Humanos, TEDH, Corte IDH, etcétera).⁴⁷ Ello no le impedirá recurrir a la aplicación de las normas reconocidas en tratados de derechos humanos y a la interpretación que de esas normas realicen los respectivos órganos de aplicación.⁴⁸ Sin embargo, el artículo 21.1.b del ECPI indica que esa aplicación viene “en segundo lugar”, luego del Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba; por lo tanto, la capacidad de rendimiento de esas normas de derechos humanos dependerá de cómo interprete la CPI el orden de prelación de las fuentes indicadas. Otro límite, más general, para la aplicación e interpretación de las normas del ECPI puede encontrarse en el apartado 3 del artículo 21, que establece que “la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.⁴⁹

Lo dicho hasta aquí demuestra que la CPI —aunque quizás en menor medida de lo que sucede en los sistemas nacionales— cuenta con ciertas herramientas para reducir los núcleos problemáticos que surgen del texto del ECPI frente a principios constitucionales reconocidos por un importante número de países. Claro que no es posible saber de antemano si la CPI efectivamente hará uso de esas herramientas y en qué medida.

De este modo, no puede decirse con seguridad cuál será la dimensión real de las deficiencias que tendrá el sistema penal del ECPI en su funcionamiento concreto si se lo analiza a la luz de principios constitucionales como el de legalidad y el de culpabilidad, dado que ello en buena medida dependerá de la actitud que tome la CPI. Lo mismo puede afirmarse en relación con otras normas, ahora de índole procesal, como la regulación del *ne bis in idem* (artículo 20.3), las reglas de exclusión

⁴⁷ Circunstancia que marca una deficiencia de este sistema penal frente a los sistemas nacionales. Cf. Daniel Pastor: “El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas”, pp. 716 ss.

⁴⁸ Cabe preguntarse si, además de la jurisprudencia que habitualmente emana de los tribunales internacionales referida a materias penales, los órganos de control de los diversos instrumentos sobre derechos humanos llegarán a pronunciarse específicamente sobre aspectos vinculados al sistema del ECPI, al menos de modo indirecto al referirse a actos de los Estados partes. Por ejemplo, al analizar la posible responsabilidad del Estado por la entrega de una persona a la CPI pese a existir el riesgo de la violación de un derecho reconocido en un tratado de derechos humanos.

⁴⁹ Empero, no todos los principios constitucionales reconocidos en un país o en un grupo de países (y el alcance concreto que se les otorgue a esos principios) forman parte de los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

probatoria (artículo 69.7) o la norma que condiciona la designación de un defensor de oficio a que “el interés de la justicia lo exija” (artículo 67.1.d).⁵⁰ En suma, la posibilidad de que surjan impugnaciones constitucionales en relación con esas normas también dependerá de cómo las interprete la CPI.

2.1.2.4. Conclusión

De acuerdo con lo que se ha visto hasta aquí, una evaluación global del ECPI permite considerar que, como *sistema* penal, no necesariamente será incompatible con principios constitucionales en materia penal, pese a que contiene ciertas normas problemáticas. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta el juicio *inicial* de compatibilidad constitucional que compete a los órganos políticos al momento de celebrar los tratados (artículo 27 de la CN), puede justificarse la decisión de Argentina de hacerse parte en el ECPI. De ningún modo ello implica descartar la posibilidad de que efectivamente se presenten incompatibilidades entre el ECPI y los “principios de derecho público” consagrados en la CN. Ello dependerá, como se ha visto, del modo en que la CPI interprete y aplique las normas del ECPI y, por otra parte, de cómo se realice el análisis de constitucionalidad. Y, en concreto, la posibilidad de que surjan impugnaciones ante los tribunales argentinos estará supeditada a la existencia de solicitudes de cooperación por parte de la CPI y a que en esos casos se formulen planteos basados en la lesión de algún derecho de raigambre constitucional.

Frente a este panorama, existen básicamente tres posibilidades para la República Argentina. La primera —el camino que por el momento seguirá— es dejar abierta la cuestión de constitucionalidad de modo tal que ella pueda ser analizada por el Poder Judicial en cada caso concreto. Este camino supone asumir el riesgo de que los jueces adviertan una lesión⁵¹ a un derecho constitucional y se opongan a la entrega de una persona, situación que *puede* generar responsabilidad por el incumplimiento de una obligación internacional.⁵² Luego, existen dos posibilidades que desaparecerían

⁵⁰ Idéntica expresión contiene el artículo 14.3.d del PIDCP. En principio no habría ninguna dificultad para que las normas mencionadas fuesen interpretadas por la CPI de modo compatible con los principios constitucionales de los Estados partes. Sin embargo, el texto de esas disposiciones también admite interpretaciones que podrían conducir a soluciones insatisfactorias.

⁵¹ Otra cuestión que debería determinarse es qué grado de probabilidad de lesión a un derecho constitucional debe existir para que la solicitud sea denegada. Sobre este aspecto, con relación a la jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Humanos, puede verse el trabajo “Extradición y derechos humanos”, de Mónica Karayán.

⁵² No necesariamente el rechazo de una medida de cooperación derivaría en responsabilidad internacional del Estado argentino. Si la medida solicitada fuese incompatible con normas de otros tratados internacionales que obligan a Argentina (como los tratados

—o disminuirían— el riesgo de conflictos normativos y de incumplimiento de una obligación internacional, pero que implican decisiones difíciles de justificar desde un punto de vista valorativo. Una es llevar a cabo una reforma constitucional como han hecho algunos países a efectos de prevenir conflictos normativos y de este modo asegurarse de que el Estado siempre esté en condiciones de cumplir con el deber de cooperación que ha asumido al ratificar el ECPI.⁵³ Este camino, además de las dificultades prácticas que supone en un sistema como el argentino,⁵⁴ implica la decisión de dar prioridad al cumplimiento de una obligación de cooperación con un sistema punitivo por sobre el resguardo de derechos constitucionales.⁵⁵ Precisamente, la reforma se haría sólo para evitar que ciertos derechos constitucionales pudieran ser alegados.⁵⁶ El tercer camino —meramente hipotético, dado que su necesidad no se advierte por el momento y sería políticamente cuestionable— es intentar evitar cualquier posible incumplimiento de una obligación internacional denunciando el tratado.

Probablemente, el camino más razonable sea el de seguir un mecanismo de cooperación con la CPI condicionada a la inexistencia de obstáculos constitucionales

sobre derechos humanos), el incumplimiento del deber de cooperación podría justificarse en el cumplimiento de otra obligación internacional (cuyo incumplimiento podría generar responsabilidad internacional si, como fue planteado más arriba, los órganos de aplicación de los diversos instrumentos en materia de derechos humanos aceptaran pronunciarse sobre la conducta de los Estados en relación con el sistema del ECPI). Esta posible responsabilidad de los Estados es mencionada por Alejandro Álvarez en relación con actos de los órganos del Mercosur dotados de poder de sanción, luego de destacar aspectos controvertidos de la normativa regional frente a la CADH (cf. *Justicia penal y espacio regional*, especialmente, pp. 46-47 y 63-66).

⁵³ Incluso puede decirse que, de acuerdo con el derecho internacional, Argentina debería realizar la reforma de la CN si ella fuese un obstáculo para la cooperación con la CPI, ya que una de las obligaciones que se ha asumido es la de adecuar el derecho interno (sin distinción de jerarquía) a efectos de que la cooperación sea posible (artículos 86 y 88 del ECPI), especialmente en los casos de solicitudes de entrega de personas, dado que, como se ha visto, no podrían ser denegadas ni siquiera en el supuesto de que existiese un impedimento basado en un derecho fundamental (a diferencia de lo que dispone el ECPI en el artículo 93.3 respecto de otras medidas de asistencia). Debe recordarse, asimismo, que según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵⁴ La CN no puede ser reformada por la legislatura, sino que debe convocarse a una asamblea constituyente.

⁵⁵ Un punto importante que habría que tener en cuenta es que la reforma constitucional sólo tendría el efecto de evitar conflictos entre el ECPI y el texto de la CN, pero no dejaría sin efecto las obligaciones internacionales que surgen de los diversos tratados de derechos humanos de los que Argentina es parte. Por lo tanto, se mantendrían en pie los posibles conflictos entre la obligación de cooperar con la CPI y el deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en las convenciones sobre derechos humanos.

⁵⁶ También podría pensarse en la posibilidad de otorgarle jerarquía constitucional al ECPI mediante “el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara” del Poder Legislativo (artículo 75, inciso 22, de la CN). Esta alternativa presenta sin embargo algunas dudas. En primer lugar, los tratados que según la CN pueden ser elevados a rango constitucional deben pertenecer al ámbito de los “derechos humanos”. Si bien el ECPI es un tratado que intenta prevenir y sancionar conductas violatorias de derechos humanos, es dudoso que pueda ser catalogado como un tratado de derechos humanos. Pese a lo dicho, debe recordarse que el Congreso Nacional ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, cuya pertenencia al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos también podría discutirse. En relación con el ECPI actualmente existen en el Congreso proyectos de ley para otorgarle jerarquía constitucional. Por otra parte, si se admitiera que el ECPI puede ser incluido dentro de la categoría de los tratados sobre “derechos humanos” del artículo 75, inciso 22, de la CN, no está claro que los tratados que adquieran jerarquía constitucional mediante un acto del Poder Legislativo queden, por ello, a salvo de objeciones constitucionales, dado que, a

en el caso concreto, circunstancia que debería ser evaluada por los jueces en el supuesto de que existieran planteos al respecto. El camino de la *cooperación condicionada* permite, por tanto, conservar una instancia de control judicial para el resguardo de los derechos constitucionales. Desde otro punto de vista, que los Estados sigan la opción de la cooperación condicionada podría tener cierta incidencia positiva sobre el sistema del ECPI, dado que podría actuar como incentivo para que la CPI utilizara las herramientas mencionadas anteriormente (u otras) a efectos de lograr una interpretación y aplicación de las normas del ECPI compatible con los principios constitucionales de los Estados partes.

2.1.3. Prisión perpetua

Para algunos Estados cuyas constituciones proscriben las penas perpetuas o de larga duración, se presenta como dificultad la circunstancia de que el ECPI prevea, entre las penas posibles, la reclusión a perpetuidad (artículo 77.1.b).

En el caso de la República Argentina, su CN no contiene normas que se refieran a los límites temporales de las penas privativas de la libertad. De este modo, no hay una prohibición expresa de la prisión perpetua ni de las penas privativas de la libertad de larga duración.

Un dato normativo que podría tener relevancia para postular la inadmisibilidad de la pena perpetua es lo que disponen el PIDCP y la CADH (que gozan de jerarquía constitucional) acerca de que el fin de la ejecución de la pena es la “reforma y la readaptación social de los condenados”.⁵⁷ Más allá de que esos conceptos pueden entenderse con alcances diversos y hasta podría discutirse su legitimidad, una derivación posible de esa finalidad es que siempre debe estar abierta la chance de que, en algún momento, el penado recupere la vida en libertad. Sobre esta base, estaría pro-

diferencia de los tratados que expresamente fueron incluidos por el constituyente en el artículo 75, inciso 22, de la CN, los tratados que adquieren jerarquía constitucional por un acto legislativo carecen de un juicio de compatibilidad constitucional realizado por el constituyente. Cf., al respecto, Guillermo Moncayo: “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, pp. 102-103.

⁵⁷ Artículos 10.3 del PIDCP y 5.6 de la CADH. Ello se recoge en la ley 24 660 de ejecución penal que dispone: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” (artículo 1).

hibida una pena de por vida, esto es, una pena que no deje ninguna posibilidad de recuperar la libertad.⁵⁸

La legislación penal argentina prevé la “prisión perpetua”. Sin embargo, se establece en ciertos casos la posibilidad de recuperar la libertad una vez transcurridos 35 años de cumplimiento de condena y, antes de ello, la ley de ejecución penal prevé las “salidas transitorias” y la incorporación a un “régimen de semilibertad”. En tales supuestos, la llamada *prisión perpetua* no implica necesariamente la privación de la libertad de por vida. Con este argumento se ha defendido su constitucionalidad.⁵⁹

En este aspecto la reclusión a perpetuidad del artículo 77.1.b del ECPI es similar a la prisión perpetua de la ley penal argentina. Ello es así dado que el artículo 110 del ECPI establece su revisión obligatoria a los 25 años de cumplimiento de la condena a efectos de determinar una reducción de pena y, en caso no accederse a esa reducción, prevé su revisión periódica. Los criterios para acceder a la reducción de pena incluyen “las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado”.⁶⁰ De este modo, el ECPI deja abierta la posibilidad de que la pena perpetua no sea de por vida y, por ello, sería constitucionalmente admisible.

La cuestión de la pena perpetua y, en general, de las penas de larga duración no ha encontrado hasta el momento respuestas claras que se hayan traducido en límites normativos precisos. Si bien algunos países han consagrado expresamente límites temporales para las penas privativas de la libertad, aún no se ha logrado un consenso universal (tampoco nacional, en el caso de Argentina) que permita considerar que rige positivamente una proscripción de las penas largas o de las penas perpetuas.

Es por ello que, aunque pueda postularse que una pena excesivamente larga debe ser considerada una pena cruel o inhumana,⁶¹ esa afirmación difícilmente po-

⁵⁸ No sólo es problemática la pena perpetua, dado que también sería “de por vida” una pena privativa de la libertad por un lapso mayor que la expectativa de vida del condenado. Por lo tanto, una discusión amplia sobre este problema no puede reducirse a las llamadas *penas perpetuas*.

⁵⁹ Cf. E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar: *Derecho penal. Parte general*, p. 904. De todos modos, ello no sería posible en todos los casos, dado que la ley en ciertos supuestos impide la libertad condicional, las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad. En este sentido, la reforma introducida por la ley 25 892, sancionada el 5 de mayo de 2004, ha otorgado a ciertas disposiciones del Código Penal y de la Ley de Ejecución Penal un alcance que las colocaría en conflicto con la CN.

⁶⁰ Regla 223, b de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

⁶¹ Así lo insinúan E. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar cuando afirman que la lesión a la intangibilidad de la persona humana por generar graves trastornos de la personalidad no es un efecto exclusivo de la pena perpetua, sino de toda pena privativa de libertad de larga duración, “por lo que debe evaluarse, en todo caso, la inconstitucionalidad de estas penas en general por su incompatibilidad con el artículo 18 constitucional, en cuanto a que pueden asimilarse con el tormento psíquico —artículo 1.º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes—” (Cf. *Derecho penal. Parte general*, p. 903).

dría ser presentada como un principio ya vigente. Claro que la idea de qué es una pena “cruel” o la idea de qué es una pena “inhumana” son por definición mutables, dado que se apoyan en valoraciones sociales y por lo tanto se sitúan en un ámbito en el que la frontera entre *lege lata* y *lege ferenda* no puede ser precisa.

En suma, al menos por el momento —y hasta que pueda afirmarse la vigencia positiva de la proscripción de las penas de larga duración o perpetuas—, debe concluirse que la pena establecida en el artículo 77.1.b del ECPI no es incompatible con la CN.

2.1.4. Entrega de nacionales

Otro aspecto problemático para algunos Estados es el de la entrega de nacionales a la CPI, dado que ciertas constituciones prohíben su extradición. Ello fue objeto de debate en las sesiones preparatorias del ECPI, pero finalmente predominó la postura de no consagrar ninguna excepción al respecto. De este modo, los Estados partes en el ECPI tienen el deber de entregar nacionales si la CPI lo solicita. Ello ha llevado a algunos Estados a estudiar la necesidad de reformar sus constituciones.⁶²

Para Argentina el punto no es problemático, dado que la CN no prohíbe la extradición de nacionales y, por lo tanto, no existe ningún impedimento para el cumplimiento de la obligación de entrega de personas a la CPI sobre la base de su nacionalidad.

2.1.5. Inmunidades

Habitualmente existen en los derechos nacionales normas que establecen inmunidades (a veces llamadas “privilegios” o “garantías”) a favor de quienes ejercen ciertas funciones oficiales en virtud de las cuales esas personas no pueden ser juzgadas o arrestadas. En relación con ello el ECPI establece: a) que el cargo oficial de una persona en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal; b) que las inmunidades que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia (artículo 27 del ECPI).

⁶² Específicamente este punto fue el que llevó a la República Federal de Alemania a modificar su Constitución.

Es por ello que —con excepción de ciertos casos previstos en el artículo 98 del ECPI— los Estados partes en el Estatuto tienen la obligación de entregar a la persona requerida a pesar de que tenga algún tipo de inmunidad. Frente a esa obligación que surge del ECPI, los Estados deben asegurarse de que las normas que regulen esas inmunidades no sean un obstáculo para su cumplimiento (artículos 86 y 88 del ECPI).

En el caso de Argentina, la Constitución establece inmunidades para ciertos funcionarios que en todos los casos implican la imposibilidad de ordenar su detención. A la vez, se prevén mecanismos para que esa protección funcional pueda ser retirada.

La existencia de estas inmunidades no supone, en sí misma, ningún conflicto con las obligaciones que se derivan del ECPI. Argentina puede cumplir con su obligación de entrega si, cuando se presente el caso, lleva a cabo el procedimiento previsto para levantar la inmunidad.⁶³ No hay, entonces, necesidad de realizar una reforma constitucional que modifique el alcance de las inmunidades. Ello podría ser, de todos modos, conveniente para cumplir más rápido con la petición de entrega y, principalmente, para evitar el riesgo de que en algún caso fracase el procedimiento para dejar sin efecto la inmunidad.

Además de las inmunidades mencionadas, la CN establece un supuesto de irresponsabilidad penal al disponer que ningún miembro de la legislatura nacional “puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.⁶⁴ Esta indemnidad pretende proteger la libertad de expresión en un cuerpo eminentemente deliberativo y no puede ser dejada sin efecto por ningún procedimiento, ni siquiera luego del cese del legislador en sus funciones.⁶⁵ En consecuencia, esta norma constitucional podría impedir la persecución penal de un miembro de la legislatura que en el marco de las discusiones parlamentarias cometiera un delito de expresión como, por ejemplo, una instigación pública y directa a cometer genocidio (artículo 25.3.e del ECPI).

Desde el punto de vista de las obligaciones de cooperación con la CPI, esta cláusula constitucional no impediría hacer lugar a un eventual pedido de entrega del legislador que fuera acusado ante el tribunal internacional.⁶⁶

⁶³ En estos casos, el levantamiento de la inmunidad formaría parte del procedimiento establecido en el derecho interno al que hace referencia el artículo 89 del ECPI.

⁶⁴ Artículo 68 de la CN.

⁶⁵ Cf. Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, p. 80.

⁶⁶ Para la entrega de una persona a la CPI no se exige, como sucede a menudo en casos de extradición entre Estados, el requisito de la doble punibilidad o perseguibilidad. Claro que, si se tratara de un legislador en ejercicio, para cumplir el pedido de entrega sería preciso realizar el procedimiento necesario para levantar la inmunidad de arresto.

La inmunidad de expresión sí podría suponer, en cambio, un obstáculo para la persecución penal en la República Argentina. Ello no es del todo claro dado que parte de la doctrina interpreta que esta inmunidad no rige frente a delitos constitucionales o previstos en tratados con jerarquía constitucional (entre los que se encuentra la Convención para la Sanción y la Prevención del Delito de Genocidio). Sin perjuicio de ello, aun cuando el supuesto planteado no fuera perseguible en el ámbito nacional, ello no sería estrictamente un incumplimiento de las obligaciones del ECPI,⁶⁷ sino un motivo que podría llevar a la CPI a ejercer su jurisdicción subsidiaria. No es, por tanto, *necesaria* una reforma constitucional, aunque sí podría ser recomendable a fin de despejar cualquier duda sobre la capacidad de los tribunales argentinos para juzgar los crímenes de la competencia de la Corte.

Finalmente, cabe destacar que la República Argentina no ha firmado acuerdos especiales de inmunidad que se refieran a la entrega de personas a la CPI.⁶⁸ Las propuestas que en este sentido formuló Estados Unidos de América fueron rechazadas por el gobierno argentino y generaron una fuerte reacción política que permite considerar poco probable que un acuerdo de este tipo prospere, al menos, en el corto plazo.

2.1.6. Amnistías e indultos

La Constitución nacional prevé la facultad del Congreso de la Nación para dictar “amnistías generales” y la del Poder Ejecutivo para dictar indultos.⁶⁹ Dichas facultades han sido utilizadas hace algunos años tanto para beneficiar a personas condenadas por hechos que podrían constituir crímenes del tipo de los previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI, como para interrumpir los procesos penales que se llevaban a cabo en relación con tales hechos. Sin perjuicio de que la constitucionalidad de esas medidas está en plena discusión ante los tribunales argentinos,⁷⁰ cabe destacar que los hechos a los que se refieren los indultos y amnistías ya dictados

⁶⁷ Si bien el ECPI parte de la base de que los Estados tienen el deber de perseguir los crímenes de derecho internacional (deber que se recuerda en el Preámbulo), ninguna norma del ECPI consagra expresamente tal obligación. Por lo tanto, la falta de persecución penal por un Estado no implica una violación del ECPI (sí, quizás, de otras normas internacionales), sino que da lugar a que la CPI pueda ejercer su jurisdicción subsidiaria.

⁶⁸ Sólo rigen las inmunidades corrientes vinculadas a las relaciones internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

⁶⁹ Artículos 75, inciso 20, y 99, inciso 5, de la CN, respectivamente.

⁷⁰ Con fecha 14 de junio de 2005, en el caso *Simón*, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de las leyes de “punto final” (ley 23 492) y de “obediencia debida” (ley 23 521), tal como venía sosteniendo la jurisprudencia de los tribunales inferiores a partir del año 2001. Aún falta una decisión de la CSJN sobre los indultos.

quedan fuera de la competencia temporal de la Corte⁷¹ y, por lo tanto, no son relevantes frente al sistema del ECPI.

Queda por analizar, entonces, si las facultades previstas en la CN —que podrían ser utilizadas en el futuro para hechos posteriores a la entrada en vigor del Estatuto— plantean algún conflicto con el ECPI.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia que se ha desarrollado durante los últimos años en Argentina respecto de amnistías e indultos parece conducir a la afirmación de que tales medidas no pueden ser válidamente dictadas respecto de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de derecho internacional. En gran medida esa jurisprudencia se basa en la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y que establecen para esos casos una obligación de investigar y sancionar.

Es por ello que, pese a que el texto de la CN no contiene una limitación expresa para el otorgamiento de indultos y amnistías, en caso de crímenes del tipo de los previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI ese límite vendría impuesto por esos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Si bien el ECPI no prohíbe las amnistías e indultos, el dictado de tales medidas podría dar lugar a la activación de la competencia de la CPI y en ciertos casos podría dificultar la entrega de personas a ese tribunal.

Sin embargo, la sola existencia en la CN de las facultades de indultar y amnistiar no implica ninguna contradicción con el ECPI. En primer lugar, dado que esas atribuciones podrían no ser utilizadas en concreto y, en segundo término, dado que, conforme a la jurisprudencia argentina actual, ellas no podrían referirse a crímenes como los descritos en el ECPI.

En consecuencia, no se requiere una reforma constitucional en este punto.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como consecuencia de la ratificación del ECPI surge, para los Estados, la necesidad de adecuar su legislación nacional. Por un lado, los Estados deben prever los

⁷¹ Artículo 11 del ECPI. Los hechos a los que se refieren las amnistías e indultos mencionados llegan hasta 1983. Ni siquiera el argumento basado en que la desaparición de personas es un delito permanente —y que, por ello, podría estar cometiéndose en la actualidad— serviría para sostener la competencia de la CPI. En la nota 24 de los Elementos de los Crímenes, se exige que el ataque contra la población civil —y su conocimiento por parte del autor— se produzca con posterioridad a la entrada en vigor del ECPI (1.º de julio de 2002).

procedimientos internos para su relación con la CPI. Por otro, el ECPI establece la obligación de que los Estados partes tipifiquen en sus leyes penales internas los delitos mencionados en el artículo 70 del Estatuto, esto es, los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Finalmente, pese a que el ECPI no consagra expresamente una obligación en tal sentido, muchos de los Estados partes han asumido, como parte de la implementación, la labor de tipificar en la legislación nacional los crímenes de competencia de la CPI consagrados en los artículos 6 a 8 del ECPI (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

En el caso argentino, los trabajos para adecuar la legislación nacional comenzaron antes de que el tratado fuera aprobado. A pesar de ello, aún no se ha logrado la sanción de una ley de implementación. El primer proyecto, elaborado por una comisión interministerial creada en septiembre del 2000, fue remitido a la legislatura nacional en octubre del 2002; sin embargo, no se reunió el consenso político necesario para su aprobación y el proyecto perdió estado parlamentario. Con posterioridad —ya en el año 2004— se discutieron en el ámbito de la Cámara de Senadores otros proyectos a partir de los cuales se elaboró un proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales que, con pequeñas modificaciones, fue aprobado por el Senado el 23 de junio del 2004 y que actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados.⁷²

Todos los proyectos elaborados proponían regular en una sola *ley especial* todos —o casi todos— los aspectos vinculados a la implementación del ECPI. También hace lo propio el proyecto aprobado por el Senado; éste contiene normas que se refieren a la aplicación en el ámbito interno de los delitos de competencia de la CPI (artículos 6 a 8 del ECPI), a los principios que regulan la competencia de los tribunales argentinos en esta materia, a los delitos contra la administración de justicia de la CPI (artículo 70 del ECPI), a la cooperación con la Corte (artículos 86 y 88 del ECPI) y a otras cuestiones vinculadas a la relación del Estado argentino con la CPI.

A continuación, se expondrán los rasgos principales de los proyectos elaborados, especialmente del aprobado por la Cámara de Senadores.

⁷² Los principales proyectos considerados en las discusiones llevadas a cabo en el ámbito de la Cámara de Senadores fueron el enviado por el Poder Ejecutivo sobre la base del trabajo de la Comisión Interministerial (expediente S. 474/02) y, posteriormente, el proyecto presentado por el senador Jorge Yoma (expediente S. 273/04), el proyecto del senador Eduardo Menem (expediente S. 622/04) y el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner (expediente S. 803/04). Este último es el que mayor influencia tuvo en el proyecto final de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

2.2.1. *Persecución de delitos de competencia de la CPI en el ámbito interno*

En lo que respecta al modo de regular el juzgamiento nacional de los crímenes de competencia de la Corte, fueron consideradas diversas opciones: a) el método *espejo*, esto es, la transcripción casi literal de las normas del ECPI que describen las conductas prohibidas y de algunas que definen los principios generales (responsabilidad de los jefes y otros superiores, elemento de intencionalidad, etcétera);⁷³ b) la transcripción, aunque con ciertas reformulaciones, de las conductas definidas en el ECPI y la remisión al Código Penal argentino en materia de *parte general* (con ciertas excepciones tomadas del ECPI);⁷⁴ c) la idea de importar el ECPI como una “caja cerrada” a través de una ley breve con remisiones al Estatuto tanto en materia de conductas prohibidas como de reglas de la parte general (con aplicación supletoria de la ley penal nacional);⁷⁵ d) la adecuación del Código Penal a efectos de lograr que la legislación nacional no exhiba lagunas frente al ECPI ni prevea penas irrisorias.⁷⁶

El proyecto aprobado opta por el método de remisión al ECPI tanto en materia de parte especial como en materia de parte general.

a) En efecto, el proyecto de ley no contiene una definición de las conductas prohibidas, sino que simplemente determina las penas aplicables a los supuestos de hecho previstos en los artículos 6 a 8 del ECPI.⁷⁷

⁷³ Método seguido por el proyecto de la Comisión Interministerial y por el del senador Menem (muy similar al anterior).

⁷⁴ Proyecto del senador Yoma.

⁷⁵ Esta idea fue expuesta por el jurista Julio B. J. Maier ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado y tomada por el proyecto de la senadora Fernández de Kirchner y por el proyecto conjunto de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que fue finalmente aprobado con pequeñas modificaciones. En su exposición ante la Comisión, Maier afirmó: “mi propuesta general consiste en adaptar el derecho interno al Estatuto de Roma y no en dictar reglas que prohíban, manden, justifiquen o determinen la culpabilidad, excluyan la punibilidad, etcétera. Para expresarlo mejor, quizás, yo diría que, si fuera mi gusto, tomaría el Estatuto de Roma para traerlo al derecho interno como un envase cerrado, como una caja totalmente cerrada. Esto es [...] sin mezclarlo con el sistema que, hasta hoy llamamos interno, derivado básicamente del Código Penal y de sus leyes complementarias” (véase la versión taquigráfica de la reunión del 9 de marzo de 2004).

⁷⁶ Así lo propuso el jurista Eugenio Zaffaroni ante la Comisión de Asuntos Constitucionales (véase la versión taquigráfica de la reunión del 9 de marzo de 2004). A diferencia de las demás propuestas, la de Zaffaroni no contemplaba el dictado de una ley especial.

⁷⁷ Prevé penas de 3 a 25 años de prisión para los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y de 5 a 25 años para el genocidio. Asimismo, respecto de los tres grupos de delitos, se establece que “si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua” (artículos 8 a 10 de proyecto aprobado). La forma de redacción de este último supuesto no es del todo clara en cuanto a si sólo abarca conductas con *dolo* de homicidio. Teniendo en cuenta la gravedad de la pena y que —por la remisión al ECPI que hace el proyecto— sería aplicable el artículo 30 del Estatuto, habría que interpretar que no quedan comprendidos los casos de imprudencia. En el supuesto de existir un homicidio imprudente, la conducta sería abarcada por las normas del Código Penal.

En materia de determinación de penas el proyecto dispone la aplicación del artículo 78 del ECPI y del artículo 41 del Código Penal. Asimismo, se introduce un criterio de clausura según el cual la pena aplicable a los delitos de genocidio, crímenes de lesa

El método de remisión al ECPI, si bien permite obtener una ley de implementación breve, plantea algunos inconvenientes. Por un lado, el problema de la ley penal en blanco, ya que la pena y la definición de las conductas se encuentran en textos normativos diferentes. Sin embargo, no parece un caso prohibido de ley penal en blanco, dado que las penas están determinadas por ley y el cuerpo legal al que ésta se remite (ECPI) cuenta con aprobación de la legislatura.⁷⁸

Por otra parte, la mera remisión al ECPI deja pasar la oportunidad de eliminar los problemas de indeterminación que se observan en algunas de sus normas. Esta cuestión no pasó inadvertida para los redactores del proyecto; empero, la solución que consideraron adecuada fue la de dejar en manos de los jueces el control de legalidad de las figuras aplicables y, en caso de inconstitucionalidad, recurrir a la aplicación de otros tipos penales previstos en el derecho interno.⁷⁹ En este sentido, el proyecto del senador Yoma era más pretencioso por cuanto intentaba —aunque con mala técnica en varios casos— prevenir la declaración de inconstitucionalidad a través de la reformulación de algunos de los tipos penales problemáticos del ECPI.⁸⁰

Además de la remisión a las figuras del ECPI, el proyecto aprobado contiene dos variantes respecto de este tratado. En primer término, con base en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados,⁸¹ el proyecto amplía el ámbito de la prohibición

humanidad y crímenes de guerra, “en ningún caso podrá ser inferior a la que pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal” (artículo 12 del proyecto).

⁷⁸ Ello asegura el fundamento democrático del principio de legalidad.

⁷⁹ Ésta es la solución que expresamente se proponía en los Fundamentos del proyecto de la senadora Fernández de Kirchner (que en este punto fue la fuente de inspiración del proyecto aprobado): “En el artículo 11 se establece que ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución nacional, disponiendo que en tal caso el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas de nuestro derecho interno. De esta manera, se establece un límite a la introducción de reglas y principios en materia penal del derecho internacional: la afectación de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional. Así, el *nullum crimen* como garantía fundamental consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, debe ser aplicado estrictamente incluso tratándose de delitos internacionales [...] Por lo tanto, si se determinara que la aplicación de los delitos tipificados en el Estatuto de Roma viola la garantía del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, corresponde que se busque la respuesta punitiva en la legislación interna a través de los tipos del derecho penal común. Por ejemplo, en el genocidio, aunque no pueda cubrirse en todos los casos el contenido del injusto, puede recurrirse al homicidio y homicidio agravado (artículos 79 y 80 incisos 2, 4 y 6 del CP) [...] entre otros delitos tipificados en nuestro derecho interno”.

⁸⁰ En los Fundamentos, el proyecto del senador Yoma explicaba que “si bien se ha respetado la redacción de los diversos instrumentos internacionales, la adecuación de aquella normativa al derecho interno de la República Argentina, ha hecho imperioso su adaptación a la terminología empleada en nuestro Código Penal. Aquella imperiosa variación se debe, no solo a la búsqueda de la armonía en la estructura normativa nacional, sino [al] principio de legalidad derivado de nuestra Constitución nacional”. Sin embargo, algunas reformulaciones de los tipos penales contenidas en este proyecto no eran acertadas; por ejemplo, la fusión entre las figuras de *apartheid* y persecución (artículo 18 del proyecto) y el desplazamiento del crimen de lesa humanidad de “embarazo forzado” a la figura de genocidio (artículo 8 del proyecto).

⁸¹ El Protocolo fue aprobado por Argentina mediante la ley 25 616, sancionada el 17 de julio de 2002, y ratificado el 10 de septiembre de 2002.

de los crímenes de guerra de “reclutar o alistar niños”, dado que se refiere a menores de 18 años (en el ECPI la edad límite es la de 15 años). Por otra parte, extiende la aplicación del tipo de “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra”, previsto en el ECPI sólo para los casos de conflictos armados internacionales, a supuestos de “conflictos armados de cualquier naturaleza”.⁸²

b) El proyecto también se remite al ECPI en materia de *parte general*. Si bien no contiene una norma que expresamente disponga esta remisión, esta interpretación es la que se presenta más acorde con el texto del proyecto. En efecto, en su artículo 2 se establece que el “sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente”. Esta referencia a la aplicación del *sistema penal previsto en el Estatuto de Roma* indicaría que las reglas que contiene el ECPI en materia de autoría y participación (artículo 25), responsabilidad de los jefes y otros superiores (artículo 28), “elemento de intencionalidad” (artículo 30), circunstancias eximentes de responsabilidad (artículo 31), error de hecho y error de derecho (artículo 32) y órdenes superiores (artículo 33) también serían aplicables en el ámbito interno.⁸³

Esta interpretación parece confirmarse además por la enunciación de las normas cuya aplicación se prevé con “carácter supletorio”: los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios y reglas del derecho argentino y —sólo luego— las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias (artículo 6 del proyecto).⁸⁴

⁸² El proyecto de la Comisión Interministerial y el presentado por el senador Menem además incluían dentro de los crímenes de guerra el empleo de “armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de prohibición en un convenio internacional del que la República Argentina sea parte” (artículo 17.b.vi. de ambos proyectos).

⁸³ La aplicación de las normas del ECPI para el juzgamiento en sede nacional también se postulaba en el proyecto que le sirvió de base al proyecto aprobado por la Cámara de Senadores. En los Fundamentos del proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner se explicaba: “la propuesta que presento establece la aplicación cerrada del sistema penal del Estatuto de Roma. Esto es, tal como lo señaló el Dr. Maier, su aplicación para las conductas objeto de la competencia de la Corte Penal Internacional”.

⁸⁴ Diverso en este punto era el proyecto de la senadora Fernández de Kirchner, dado que no mencionaba las reglas del derecho penal internacional y preveía: “Con carácter supletorio a la presente ley se aplican las normas contenidas en el Código Penal y en el Código Procesal Penal de la Nación” (artículo 5). Tampoco lo hacía el proyecto de la Comisión Interministerial, que se remitía a “los principios y reglas generales del derecho penal argentino con las modificaciones que resultan de esta ley”. Ello fue objetado por algunas organizaciones no gubernamentales que propusieron una fórmula muy similar a la que finalmente consagra el proyecto aprobado, que coloca en primer término “los principios y reglas del derecho penal internacional” (véase la nota remitida el 25 de noviembre de 2003 a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Amnistía Internacional y la Coalición de ONG para la Corte Penal Internacional).

Nuevamente, la remisión a las reglas del ECPI —ahora en materia de parte general— implica el traslado al ámbito interno de normas problemáticas e, incluso, constitucionalmente cuestionables. Un ejemplo claro de ello es la norma que regula el error de hecho y el error de derecho, que no asegura la vigencia plena del principio de culpabilidad. De tal modo, se deja la solución en manos de los jueces, quienes deberán eventualmente reconocer la relevancia de los errores de prohibición inevitables por mandato constitucional. Otra norma que puede generar problemas de interpretación por parte de los tribunales argentinos es la que define el “elemento de intencionalidad”, que puede ser vista como un cuerpo extraño dentro de una cultura jurídica habituada a los criterios de dolo directo y dolo eventual. Asimismo, en materia de responsabilidad de jefes y otros superiores el proyecto aprobado descarta una solución más adecuada, como la que se proponía en el proyecto del senador Yoma, que descomponía el artículo 28 del ECPI en diversos supuestos en forma muy similar al Código Penal Internacional alemán.⁸⁵

c) Los debates sobre la aplicación de las normas del derecho penal internacional —en particular la costumbre— en el juzgamiento de hechos ocurridos en Argentina y el modo en que ello se compatibiliza con el principio de legalidad en materia penal también tuvieron su lugar en las sesiones de discusión de los proyectos de ley de implementación del ECPI.

Ello se refleja en el proyecto aprobado, que intenta una solución de compromiso sin aclarar del todo la cuestión. En efecto, además de la enumeración de las fuentes supletorias ya mencionadas (en las que los “principios y reglas del derecho penal internacional” aparecen antes que el Código Penal), el artículo 13 del proyecto, luego de afirmar que “ninguno de los delitos previstos en el Estatuto ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional”, agrega que “en tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho *vigente*”. Si bien la expresión *derecho vigente* no tiene por qué interpretarse como contradictoria con la afirmación plena del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de

⁸⁵ El proyecto del senador Yoma sólo tomaba de las reglas generales del ECPI el artículo 33, referido a órdenes superiores. En lo demás, optaba por la aplicación de los “principios y las reglas del derecho penal argentino” (artículo 4).

la CN, ello puede ponerse en duda si se tiene en cuenta que fue especialmente introducida en reemplazo de “derecho *interno*”,⁸⁶ a propuesta de una ONG, con el argumento de no entorpecer la aplicación de normas consuetudinarias del derecho penal internacional por parte de los tribunales argentinos en los procesos que se siguen por los delitos cometidos en el marco de la última dictadura militar (1976-1983).⁸⁷ La cuestión, de todos modos, es de índole constitucional y no depende de cómo se regule en la ley.

d) El proyecto aprobado consagra la imprescriptibilidad de la acción y de la pena de los crímenes de competencia de la Corte. La fórmula que utiliza es neutra frente al debate sobre la posible aplicación de la imprescriptibilidad a los crímenes cometidos por la dictadura militar. Por el contrario, otros proyectos utilizaban expresiones que pueden entenderse dirigidas a lograr o impedir cierto efecto sobre el juzgamiento de esos hechos.⁸⁸

e) En materia de ejercicio de la jurisdicción el proyecto consagra los principios de territorialidad, real o de defensa, personalidad activa y agrega “los casos previstos en convenios internacionales de los que Argentina es parte”.

Este último supuesto abre la posibilidad de que entren en juego otros principios que regulan el ejercicio de la jurisdicción que estén previstos en convenciones particulares como las que se refieren a la prohibición de la tortura, la desaparición forzada, el *apartheid*, el genocidio, los crímenes de guerra, etcétera. Sin embargo, dado que la ley de implementación no tipifica todos los actos descritos en tales tratados sino sólo aquellos previstos en el Estatuto de Roma, será condición para la aplicación de los nexos de jurisdicción previstos en esos tratados que la conducta *también*

⁸⁶ Esa modificación se realizó durante la sesión en la que fue discutido y aprobado el proyecto (véase la versión taquigráfica de la sesión ordinaria del día 23 de junio de 2004 —orden del día n.º 431—).

⁸⁷ Así surge de las notas remitidas por el Centro de Estudios Legales y Sociales los días 8 y 23 de junio de 2004 (esta última dirigida a la Presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación). Poco tiempo después, el 24 de agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó por mayoría la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el caso *Arancibia Clavel*, basándose para ello —al menos parcialmente— en la aplicación de la costumbre internacional. Luego ratificó esa posición en la sentencia del 14 de junio de 2005 dictada en el caso *Simón*.

⁸⁸ En efecto, el proyecto de la Comisión Interministerial disponía: “No prescribirá ni la acción ni la pena correspondientes a los crímenes enumerados en los artículos 13 a 19, respetando el principio de *irretroactividad* consagrado en los artículos 11, 22 y 24 del Estatuto de Roma” (artículo 8). Por su parte, el proyecto del senador Jorge Yoma establecía que la “persecución de los crímenes previstos en la presente ley, así como la ejecución de las penas impuestas por ella, no prescribirán *cualquiera sea la fecha en que se hubieren cometido o se hayan impuesto*” (artículo 7).

sea subsumible en los tipos penales del ECPI. Así, por ejemplo, el principio de nacionalidad pasiva que surge del artículo 5.1.c de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no sería aplicable —al menos, con base en esta ley de implementación— si el acto de tortura no alcanza la categoría de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

En consecuencia, sólo podrían tener relevancia principios tales como el de nacionalidad pasiva o el de jurisdicción universal si están reconocidos en un tratado del que Argentina sea parte y los hechos encuadren a la vez en ese tratado y en los tipos penales a los que se refiere la ley de implementación (básicamente, los del ECPI).⁸⁹

Además de lo dicho, el proyecto de ley establece con alcance general el principio *aut dedere aut iudicare*, al disponer que, en caso de que no se procediera a la extradición o entrega de una persona acusada de un crimen de los definidos en esta ley, Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción.

f) Finalmente, se descarta la intervención de la justicia militar⁹⁰ y se dispone que para todos los delitos previstos en la ley intervendrán los tribunales federales con competencia penal.

2.2.2. Delitos contra la administración de justicia de la CPI

El proyecto de ley de implementación contiene un capítulo destinado a regular los “delitos contra la administración de justicia” previstos en el artículo 70 del ECPI. A diferencia de la técnica de remisión al ECPI utilizada en materia de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, aquí el proyecto tipifica expresamente las conductas prohibidas. Utiliza para ello fórmulas muy similares a las contenidas en el artículo 70.1 del ECPI. Asimismo, determina escalas penales más altas

⁸⁹ El principio de personalidad pasiva se incluía en el proyecto de Fernández de Kirchner y en el de Yoma. El primero de estos proyectos también incluía el principio de jurisdicción universal, aunque lo hacía de manera defectuosa (véase *infra*).

⁹⁰ Tanto el proyecto de la Comisión Interministerial como el proyecto del senador Menem contemplaban la competencia de los tribunales militares para el caso de los crímenes de guerra “cuando el imputado fuere militar y hubiere actuado en tal carácter” (artículo 3 de ambos proyectos).

que la prevista en el ECPI⁹¹ para esta clase de delitos y que guardan relación con las penas contempladas en el Código Penal para los delitos contra la administración de justicia.⁹²

2.2.3. *Relaciones con la Corte Penal Internacional*

Dentro del título IV del proyecto de ley se regulan diversos aspectos de la relación entre el Estado argentino y la CPI, entre ellos, la remisión de “situaciones”, impugnación de la competencia, detención y entrega de personas, otras formas de cooperación y la ejecución de penas. Las características centrales de esta parte del proyecto de ley son las siguientes:

a. De manera muy similar a la ley española de cooperación con la CPI,⁹³ el proyecto de ley de implementación pone a cargo del Poder Ejecutivo: a) la decisión de remitir una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte en los términos de los artículos 13.a y 14 del ECPI y, en su caso, la de instar a la Sala de Cuestiones Preliminares para que examine la decisión del Fiscal de no proceder a una investigación —artículo 53.3.a del ECPI—; b) la decisión de sostener la competencia de la justicia argentina y de solicitar la inhibición del Fiscal de la Corte en los casos previstos en el artículo 18.1 y 18.2; c) la decisión de impugnar la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa —artículo 19.2.c del ECPI—. El proyecto no dispone ningún marco normativo para que el Poder Ejecutivo adopte las decisiones que correspondan en cada caso.

Finalmente, se establece que en los casos en que, a pesar del pedido de inhibición al fiscal o de la impugnación de la competencia, la Corte autorice al fiscal a

⁹¹ El proyecto de ley determina para estos delitos un máximo de 10 años de prisión, salvo para el delito de “soborno”, para el cual se fija una escala de 8 a 15 años de prisión. El ECPI, en cambio, prevé para todos los delitos contra la administración de justicia de la CPI una “pena de reclusión no superior a los cinco años o una multa, o ambas” (artículo 70.3).

⁹² El proyecto aprobado no menciona plazos de prescripción para los delitos contra la administración de justicia de la Corte. De este modo, para determinar esos plazos debería recurrirse a alguna de las fuentes que la ley menciona. Sin embargo, no es claro si en esta materia habría que aplicar las Reglas de Procedimiento y Prueba (instrumento que por formar parte del “sistema penal previsto en el Estatuto de Roma” podría ser aplicable de acuerdo con el artículo 2 del proyecto) o las reglas comunes del Código Penal (de aplicación supletoria según el artículo 6 del proyecto).

⁹³ Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (disponible en el sitio www.boe.es).

proceder a la investigación o sostenga su competencia, el órgano jurisdiccional argentino que lleve el caso se inhibirá en favor de la Corte y a su pedido le remitirá todo lo actuado.

b. En materia de cooperación con la CPI, el proyecto aprobado dispone una actuación inicial del Poder Ejecutivo para la verificación de los requisitos previstos en cada caso por el ECPI (artículos 89.3, 92.1, 92.2, 96.1 y 96.2) y luego la intervención de la autoridad judicial competente.

También se autoriza al Fiscal de la Corte a ejecutar directamente en territorio argentino actos que no impliquen medidas coercitivas en los supuestos contemplados en el artículo 99.4 del ECPI.

Respecto de los pedidos de detención y entrega, se establece que la persona requerida durante el trámite será oída por el juez, asistida por su abogado defensor e intérprete en caso necesario, y que tendrá derecho a solicitar la “libertad provisional”. Asimismo, se regula la cuestión de la cosa juzgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.2 del ECPI.

El proyecto prevé la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales dictadas en el marco de las solicitudes de detención y entrega a través de un recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La inmediata intervención del máximo tribunal nacional busca llegar a una rápida decisión definitiva sobre la procedencia del pedido.

También queda a cargo del Poder Ejecutivo decidir la prioridad de la Corte o de un Estado en caso de que existan solicitudes concurrentes. Para ello, el proyecto se remite a las pautas establecidas en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba. Igualmente se deja en manos del Poder Ejecutivo la decisión de denegar una solicitud de asistencia cuando se refiera “a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten a la seguridad nacional” (artículo 93.4 del ECPI). El proyecto no define qué debe entenderse por afectación de la seguridad nacional y dispone que ello deberá ser establecido por una ley del Congreso.

c. En cuanto a ejecución de penas en el país, el proyecto deja librado al Poder Ejecutivo decidir si integra la lista de Estados dispuestos a recibir condenados y en

qué condiciones. Respecto de la ejecución de multas y órdenes de decomiso emanadas de la Corte, se dispone la intervención de las autoridades judiciales competentes.⁹⁴

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

Las reglas de aplicación de la ley penal contenidas en la legislación argentina son bastante limitadas. En efecto, el Código Penal sólo consagra la aplicación de la ley penal: a) a los delitos cometidos en el territorio argentino o en lugares sometidos a su jurisdicción (principio territorial); b) a los delitos cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina (principio real o de defensa); c) a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (principio real o de defensa).⁹⁵ Como puede verse, el Código Penal no recoge los principios de nacionalidad activa, de nacionalidad pasiva ni el principio de jurisdicción universal.⁹⁶

⁹⁴ Además, el proyecto de ley determina que para la elección de candidatos a magistrado de la CPI y representantes ante la Asamblea de Estados Partes se seguirá el mismo mecanismo que para la selección de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto es, el nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 4.º, de la CN). También se dispone la publicación en el *Boletín Oficial* de las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes dictados por la Asamblea de los Estados Partes.

⁹⁵ Artículo 1 del Código Penal.

⁹⁶ También deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en el Código de Justicia Militar y en el Código Aeronáutico. El primero se remite a las reglas del Código Penal (artículo 510) y agrega el supuesto de “delitos militares cometidos en territorio extranjero por individuos de las fuerzas armadas de la Nación” (artículo 511). Por su parte, el Código Aeronáutico establece que corresponde la jurisdicción de los tribunales argentinos en caso de delitos cometidos a bordo de una nave privada argentina sobre territorio argentino y “en el caso de hechos ocurridos, actos realizados o delitos cometidos a bordo de una aeronave privada argentina, sobre territorio extranjero, si se hubiese lesionado un interés legítimo del Estado argentino o de personas domiciliadas en él o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al hecho, acto o delito” (artículo 199). Finalmente, existen varios tratados internacionales ratificados por Argentina que establecen reglas de aplicación de la ley que nunca han sido incorporadas en la ley penal. Sin embargo, no puede descartarse la aplicación inmediata de las normas incluidas en dichos tratados. Esto dependerá, en cada caso, de que la regla haya sido formulada de un modo tal que pueda ser considerada directamente operativa (*self-executing*) y de que existan las normas sustantivas que tipifiquen las conductas a las que ella se refiera.

Sin embargo, este último principio surge de la propia Constitución nacional. En efecto, el artículo 118 de la Constitución argentina dispone que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito y agrega: “pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Esta norma se encuentra en la CN desde el momento de su sanción, en 1853. En su primera parte se consagra el principio *forum delicti commissi*, al disponerse que los juicios criminales se llevarán a cabo en la misma provincia⁹⁷ donde se hubiere cometido el delito. En su segunda parte, se reconoce la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación para juzgar delitos “contra el derecho de gentes” incluso cuando éstos se cometan fuera del territorio de la Nación. A efectos de reglamentar esa jurisdicción extraterritorial, la CN dispone que la legislatura nacional deba dictar una ley especial para determinar el *lugar* en el que se celebrarán los juicios. Al respecto, puede citarse una antigua regla de competencia referida a delitos de piratería en alta mar.⁹⁸ Sin embargo, dado que el catálogo de crímenes “contra el derecho de gentes” se ha incrementado notablemente respecto de aquellas conductas que podían quedar comprendidas por esa expresión a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, es necesaria una legislación que determine el lugar de los juicios en relación con los actuales crímenes contra el derecho de gentes (que incluyen los crímenes definidos en los artículos 6 a 8 del ECPI).⁹⁹

⁹⁷ La República Argentina es una confederación de Estados (provincias).

⁹⁸ Mediante la ley 48, promulgada el 14 de septiembre de 1863, se dispuso: “Los crímenes cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, serán juzgados por el juez de sección del primer puerto argentino a que arribase el buque” (artículo 3, 1.º). Esta regla fue ratificada por el artículo 27 de la ley 4055, promulgada el 11 de enero de 1902.

⁹⁹ La falta de una ley que determine el *lugar* en que deben seguirse los juicios por los delitos “contra el derecho de gentes” cometidos fuera del territorio argentino (artículo 118 de la CN) no necesariamente debería ser un obstáculo para la operatividad del principio, toda vez que es posible interpretar que, mientras una ley no seleccione un lugar específico, los juicios podrían llevarse a cabo en cualquier lugar del territorio argentino donde actúen los tribunales nacionales o en el lugar que sea preferible según razones de conveniencia procesal. Sobre el punto, no hay jurisprudencia relevante. El único caso que puede mencionarse es el fallo *Peyrú*, dictado el 23 de febrero de 1995, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de rechazar una extradición solicitada por Chile, tuvo que considerar un pedido de la fiscalía para que, en virtud del principio *aut dedere aut iudicare*, el hecho fuera juzgado en Argentina. La Corte Suprema rechazó también este planteo afirmando que “las normas internas de naturaleza federal referentes a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos tampoco autorizan a enjuiciar en el país el hecho ocurrido en el extranjero que dio origen al presente pedido de extradición, pues ni se trata de un delito contra el derecho de gentes (artículo 118 de la Constitución nacional) ni resulta comprendido en las hipótesis normativas del artículo 1 del Código Penal” (considerando 6).

Ahora bien, a partir de la creación de la Corte Penal Internacional debe reflexionarse acerca de si, respecto de los crímenes de competencia de la Corte, el principio de jurisdicción universal aún tiene algún papel que jugar y, en caso de tenerlo, cómo debe regularse en relación con la competencia de la CPI.

Si bien la existencia de la Corte viene a sumar una instancia jurisdiccional supranacional para la persecución de ciertos crímenes de trascendencia internacional, el modo en que está concebida no apoya la idea de que la jurisdicción universal haya perdido sentido. Ninguna disposición del Estatuto habla en contra de que los Estados ejerzan su jurisdicción con base en tal principio y, por lo demás, no resulta lógico interpretar que el ECPI pueda tener el efecto de derogar el principio de jurisdicción universal. Ello es claro si se repara, por un lado, en que la Corte no tiene jurisdicción universal¹⁰⁰ y, por otro, en que desde un punto de vista material no puede esperarse que ese tribunal tenga la capacidad para investigar y juzgar todos los crímenes que vayan a cometerse en el futuro y que no sean procesados por los Estados con un vínculo territorial con los hechos o de nacionalidad con autores o víctimas. Por lo tanto, la creación de la CPI no es una circunstancia que deje sin sentido al principio de jurisdicción universal. La opción que tienen los Estados según el derecho internacional de incorporar a su legislación el principio de jurisdicción universal en relación con los crímenes de competencia de la Corte se mantiene en pie.

Cuestión diversa es si la Corte debe ser subsidiaria de las jurisdicciones nacionales también en los casos en que éstas intervengan o pretendan intervenir sobre la base del principio de jurisdicción universal. Desde un punto de vista estrictamente normativo, ello dependerá, por un lado, de cómo se interprete el ECPI en este punto y, por otro, de cómo regulen los Estados el ejercicio de su jurisdicción en relación con la actuación de la CPI.

El ECPI, al regular las cuestiones de admisibilidad y competencia, así como los mecanismos para su impugnación, no establece distinciones entre títulos o nexos de jurisdicción y se refiere a los Estados “que tengan jurisdicción”. Ello parecería apoyar la idea de que la Corte es, en principio, subsidiaria de cualquier jurisdicción nacional que esté actuando genuinamente o que tenga vocación de hacerlo.¹⁰¹ Sin

¹⁰⁰ Las facultades que tiene el Consejo de Seguridad no pueden confundirse con la existencia de una Corte con jurisdicción universal.

¹⁰¹ Al respecto, sostiene Héctor Olásolo: “no habiéndose establecido expresamente limitación alguna con respecto a los nexos jurisdiccionales que hacen aplicable el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales, no podemos sino afirmar que éste es aplicable cuando concurra cualquiera de los nexos jurisdiccionales reconocidos por el Derecho Internacional” (cf. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, p. 210).

embargo, no es posible descartar totalmente que la CPI interprete que su jurisdicción tiene prioridad frente a la jurisdicción universal.¹⁰²

También la legislación de los Estados puede tener incidencia en esta materia, dado que ella puede prever cierta prioridad de la jurisdicción de la CPI (caso de España) o la posibilidad de suspender o no impulsar el proceso cuando intervenga la CPI (caso de Alemania).

Como se ha visto en el punto anterior, el proyecto de ley de implementación aprobado por la Cámara de Senadores no ha incluido el principio de jurisdicción universal y por lo tanto tampoco ha regulado su relación con la competencia de la CPI.

Esta cuestión sí había sido abordada por el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner. En él se establecía la aplicación de la ley de implementación “a los delitos cometidos fuera del territorio argentino, por nacionales de otro Estado o contra nacionales de otro Estado, siempre que la Corte Penal Internacional declare inadmisibile la persecución penal ante ella y el Estado territorial del sospechoso o de la víctima no persigan el hecho. Corresponde al Procurador General de la Nación, al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos evaluar la oportunidad y conveniencia de perseguir estos hechos siempre que sea necesario preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.¹⁰³

De este modo, se establecían tres condiciones para el ejercicio de la jurisdicción universal: a) que la Corte Penal Internacional hubiese declarado inadmisibile el caso; b) que el hecho no sea perseguido por el Estado del que fuese nacional el sospechoso o el Estado del que fuese nacional la víctima; c) que la oportunidad y conveniencia de llevar a cabo la persecución hubiesen sido evaluadas —positivamente— por el Procurador General de la Nación y dos Ministerios del Poder Ejecutivo teniendo en cuenta la necesidad de preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

¹⁰² Una expresión que podría dejar algún margen para esta interpretación es la que contiene el artículo 18.1 del ECPI cuando dispone que la notificación de que existen fundamentos para comenzar una investigación debe realizarse respecto de los Estados partes y de aquellos Estados que “ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”. Sin embargo, el ECPI no aclara qué significa ejercer “normalmente” la jurisdicción. Olásolo rechaza una interpretación de esta expresión que la entienda como excluyente de la jurisdicción universal (precisamente por lo dicho en la nota anterior). Para este autor, el deber de notificación al que se refiere el artículo 18.1 del ECPI comprende también a los Estados que hayan introducido en sus ordenamientos jurídicos internos el principio de jurisdicción universal (cf. *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, pp. 449 y ss).

¹⁰³ Artículo 3.2. del proyecto.

La primera de las condiciones mencionadas, similar a la que contiene la española Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, no regula en verdad un modo de resolver un conflicto de competencia con la CPI, sino que establece una especie de *subsidiariedad* de la jurisdicción nacional frente a la del tribunal internacional, sometida a la condición de que haya existido efectivamente una declaración de inadmisibilidad del caso por parte de la CPI. En rigor, la consagración de una exigencia como la mencionada restringe la aplicación del principio de jurisdicción universal más allá de lo estrictamente necesario para evitar —o resolver— un conflicto de competencia con la CPI. Si el objetivo perseguido fuera simplemente no entorpecer la actuación del tribunal internacional, bastaría para ello con la inclusión de una disposición que estableciera el cierre de las investigaciones para el supuesto de que la CPI declarara la admisibilidad de una situación que incluyera los mismos hechos que se investigan ante la jurisdicción nacional sobre la base del principio de jurisdicción universal. Mientras un caso no sea llevado ante la CPI ni ésta declare su admisibilidad no habría ninguna posibilidad de un conflicto de competencia con el tribunal internacional y, por ende, la jurisdicción nacional no tendría por qué abstenerse de actuar.¹⁰⁴

Por lo tanto, si no se pretende restringir la aplicación del principio de jurisdicción universal más allá de lo estrictamente necesario para no entorpecer la actuación de la CPI, parece preferible un modelo en el que la jurisdicción nacional comience las investigaciones y pueda luego ceder paso a la actuación de la CPI si ésta comienza a actuar.¹⁰⁵

Por lo demás, respecto de la posible consagración de criterios de oportunidad, tampoco es aconsejable el método que proponía el proyecto comentado; principal-

¹⁰⁴ Por lo demás, el proyecto comentado —al exigir una declaración de inadmisibilidad por parte de la CPI— tornaba prácticamente imposible la actuación de los tribunales argentinos frente a casos *claramente* inadmisibles por la CPI. Piénsese en un caso en el que ni el Estado del territorio donde ocurrieron los hechos ni los Estados a los que pertenecen los autores y víctimas fueran partes en el ECPI. Sería improbable que, pese a que la CPI es claramente incompetente en el caso, alguien lo llevara de todos modos a consideración de la Corte. Por lo tanto, frente a casos evidentemente ajenos a la competencia de la CPI difícilmente existiría siquiera una declaración de inadmisibilidad por parte de la Corte. Paradójicamente, esta falta de una declaración de inadmisibilidad conduciría, según los términos del proyecto de Fernández de Kirchner, a la imposibilidad de actuación de la justicia argentina. En este sentido, es más acertada —aunque criticable por las razones que se exponen en el texto— la Ley de Cooperación española, dado que consagra un deber de abstención de los órganos jurisdiccionales españoles siempre que en el caso “pudiera ser competente la Corte” (artículo 7.2).

¹⁰⁵ Como afirma Ezequiel Malarino, “este proceso por parte de la CPI debería estar en curso; no creemos, por tanto, que sea conveniente el criterio seguido por la ley española que extiende esta abstención de persecución a los casos en que la CPI ‘pudiera ser competente’. No parece razonable, en efecto, prescindir de la persecución si no está asegurado el juicio por la CPI” (cf. “Reporte final”, p. 244).

mente, dado que la fórmula que establecía (“evaluar la oportunidad y conveniencia de perseguir estos hechos siempre que sea necesario preservar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”) era sumamente imprecisa y se trataba en el fondo de un criterio de oportunidad eminentemente político —más aún teniendo en cuenta la intervención del Poder Ejecutivo en la toma de la decisión—. Frente a este modo de establecer el principio de oportunidad, una de las principales críticas que se formulan contra la jurisdicción universal —su posible utilización política— estaría por demás justificada.

En síntesis, la legislación argentina *debe* establecer el principio de jurisdicción universal dado que ello viene impuesto por la propia Constitución nacional. La regulación de este principio podría incluir reglas para que la jurisdicción argentina cediera frente a la actuación de la CPI. Sin embargo, esta prioridad de la jurisdicción de la CPI sólo debería tener lugar frente a una actuación *efectiva* de la Corte y no meramente posible.¹⁰⁶ Finalmente, podrían incluirse criterios de oportunidad estrictamente reglados y que tuvieran en cuenta principalmente la posibilidad de realizar una investigación eficaz de los hechos por parte de los tribunales argentinos.

4. Conclusiones

Correctamente se ha señalado que la conducta del Estado argentino en materia de tratados internacionales se ha caracterizado por la ratificación de numerosos instrumentos internacionales que establecen deberes de persecución penal y por la recurrente omisión de adecuar su derecho nacional de modo que esos deberes puedan ejercerse en la práctica.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Quizás el cierre de las actuaciones a favor de la intervención de la CPI cuando ésta declare la admisibilidad de una “situación” no deba ser automático y pueda tener alguna excepción; por ejemplo, si el proceso que tramita en la jurisdicción nacional estuviese muy próximo a una decisión definitiva.

¹⁰⁷ Cf. Ezequiel Malarino: “Informe sobre Argentina”, p. 76.

La actitud de Argentina frente al ECPI ha sido, en principio, diversa. A su destacada labor en los trabajos preparatorios del ECPI sumó una temprana actividad tendiente a concretar la adecuación normativa necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de él. Esta actividad comenzó incluso antes de la ratificación del tratado, a través de una comisión interministerial creada específicamente para la elaboración de un proyecto de ley. Sin embargo, transcurridos más de cuatro años desde la ratificación del ECPI, Argentina aún no cuenta con una ley de implementación. Si bien existe un proyecto aprobado por la Cámara de Senadores en junio del 2004, es muy probable que ese proyecto sufra modificaciones en el ámbito de la Cámara de Diputados, circunstancia que retrasaría su aprobación, dado que debería ser tratado nuevamente por la Cámara de origen. Por lo tanto, tampoco puede afirmarse que una ley de implementación será sancionada a la brevedad.

En el presente informe se ha intentado describir y analizar las diversas opciones de implementación que fueron consideradas en el ámbito de la legislatura nacional. Como puede advertirse, los proyectos tenían algunas divergencias. Sin embargo, el hecho de que aún no se haya logrado la sanción de una ley de implementación responde en gran medida a razones ajenas a las discrepancias técnicas. Antes bien, la falta de una ley refleja dificultades en la labor parlamentaria para lograr un acuerdo político que asuma el objetivo de sancionar en un tiempo razonable una legislación cuya necesidad nadie cuestiona. En este sentido, un rasgo que se destaca en el caso argentino es que existen ciertas *dificultades políticas* para la implementación del ECPI, pese a que no hay una oposición política a la Corte Penal Internacional, a diferencia de lo que sucede en otros países en los que la CPI genera fuertes controversias.

Es razonable pensar que estas dificultades serán finalmente superadas y que Argentina tendrá en algún momento su ley de implementación. Esta expectativa es razonable precisamente por la mencionada falta de oposición política a la CPI —la institución genera manifestaciones de apoyo de los legisladores— y porque hay actividad legislativa al respecto en ambas cámaras del Congreso.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Además de los proyectos de ley de implementación, existen actualmente proyectos para otorgar jerarquía constitucional al ECPI y para aprobar el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional firmado por Argentina el 7 de octubre de 2002.

En cuanto a las *dificultades jurídicas* de Argentina frente al ECPI, éstas se vinculan con ciertas incompatibilidades que pueden detectarse entre algunas normas del ECPI y los principios constitucionales en materia penal.

Estas incompatibilidades obligan a decidir el curso a seguir, al menos, en dos ámbitos. Por un lado, al momento de la *implementación* debe optarse por la incorporación a la legislación penal nacional de las normas del ECPI tal cual están redactadas en este instrumento internacional o, en cambio, por lo que se ha denominado “implementación problematizadora”,¹⁰⁹ esto es, el análisis y la adaptación de aquellas normas del ECPI que podrían generar problemas de constitucionalidad o de interpretación en el momento en que deban ser aplicadas por los jueces nacionales (por ejemplo, tipos penales indeterminados, regulación del error de prohibición, aspectos subjetivos del tipo).

Por otro lado, podrían generarse ciertas dificultades para el cumplimiento de los pedidos de *cooperación* de la CPI, especialmente pedidos de entrega de personas, por cuanto las normas problemáticas del ECPI podrían servir de base para el rechazo de las solicitudes por razones constitucionales. En qué medida existe un riesgo concreto de que ello suceda no es algo que pueda decirse con certeza. Como se ha intentado demostrar aquí, ello dependerá, por un lado, de la interpretación constitucional y, por otro, de la actitud que tome la CPI, cuya jurisprudencia podría eliminar o reducir los ámbitos problemáticos que surgen del texto del ECPI. En todo caso, la decisión que debe adoptar Argentina como Estado parte en el ECPI es aceptar el riesgo de que los jueces rechacen alguna medida de cooperación al ejercer el control concreto de constitucionalidad o intentar prevenirlo a través de una reforma constitucional. El costo de la primera opción es el posible incumplimiento de una obligación internacional. El de la segunda, la reducción de los derechos constitucionales que supondría la reforma.

Por el momento, no se ha planteado la posibilidad de realizar una reforma constitucional y todo indica que Argentina seguirá el camino de la *cooperación condicionada* a la inexistencia de obstáculos constitucionales en el caso concreto. Ello permitirá mantener en pie el control judicial necesario para el resguardo de los derechos constitucionales.

¹⁰⁹ Cf. Ezequiel Malarino: “Reporte final”, p. 184.

La necesidad de optar por una de las alternativas mencionadas no es una circunstancia que se presente sólo para Argentina. Muchos países que han ratificado el ECPI comparten con Argentina buena parte de sus principios constitucionales y, por lo tanto, los problemas de constitucionalidad podrían plantearse en términos similares. Una cuestión que quedará por ver es hasta qué punto el hecho de que los Estados sigan la opción de la *cooperación condicionada* puede tener, paradójicamente, cierto efecto positivo sobre la calidad del sistema del ECPI. Ello, dado que el riesgo de que los Estados rechacen las solicitudes de cooperación por motivos constitucionales podría actuar como estímulo para que la CPI efectivamente utilice las herramientas jurídicas de que dispone para que la interpretación y aplicación de las normas del ECPI sea compatible con los principios constitucionales de los Estados partes.

Bibliografía citada

- ABREGÚ, Martín: "Apostillas a un fallo histórico", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, n.º 16, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, pp. 23-48.
- ÁLVAREZ, Alejandro: *Justicia penal y espacio regional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- AMBOS, Kai: *La parte general del derecho penal internacional* (traducción del alemán de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- APONTE, Alejandro: "Informe sobre Colombia", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 201-258.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires: Ediar, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán: "La persecución penal universal de los delitos de lesa humanidad", en *La Ley*, Buenos Aires, suplemento del 23 de agosto de 2000, p. 1.
- CARO CORIA, Dino C.: "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en Elizabeth SALMÓN (coord.): *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 141-179.
- COLAUTTI, Carlos: "El artículo 118 de la Constitución nacional y la jurisdicción extraterritorial", en *La Ley*, t. 1998-F, Buenos Aires, pp. 110 ss.
- FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999.
- "Informe sobre España", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 335-402.
- KARAYÁN, Mónica: "Extradición y derechos humanos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n.º 9, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, pp. 333-387.
- MALARINO, Ezequiel: "Informe sobre Argentina", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 35-81.
- "Reporte final, síntesis metodológica, un sumario ejecutivo y recomendaciones", en Jorge ROLÓN LUNA (comp.): *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción*, Asunción, 2004, pp. 171-256.
- MATTAROLLO, Rodolfo: "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, n.º 0, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 93-135.
- MONCAYO, Guillermo: "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en Martín ABREGÚ y Christian COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados*

- sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 89-104.
- OLÁSOLO, Héctor: *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- PASTOR, Daniel: "El llamado 'impacto' de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal", en *Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, pp. 91-104.
- "El sistema penal internacional del Estatuto de Roma. Aproximaciones críticas", en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Dr. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 699-727.
- SANCINETTI, Marcelo: "Error, dolo, culpabilidad: ¿un problema de 'lege lata'?", en *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires: Hammurabi, 1990.
- TRIFFTERER, Otto: "Domésticos de ratificación e implementación", en Kai AMBOS (coord.): *La Nueva Justicia penal Supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 13-47.
- ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

Jurisprudencia citada¹¹⁰

- Musotto, CSJN, 29 de septiembre de 1987, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, t. 310, pp. 1909 ss.
- Peyrú, CSJN, 23 de febrero de 1995, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 318, pp. 108 ss.
- Priebke, CSJN, 2 de noviembre de 1995, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, t. 318, pp. 2148 ss.
- Arancibia Clavel, 24 de agosto de 2004.

¹¹⁰ Las sentencias de la CSJN se encuentran disponibles en el sitio www.csjn.gov.ar.

1 • Introducción

Bolivia es Estado parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) desde mayo de 2002,¹ cuya ratificación no suscitó ninguna reforma legal interna, hasta junio del 2005. No obstante, el inicio del proceso de implementación se ha concretado con el correspondiente análisis y discusión de un anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI.² Al ser la etapa de implementación de relevancia para el caso boliviano, el presente informe hará énfasis en ella, refiriéndose al contexto de ratificación³ de manera subsidiaria en cuanto resulte pertinente.

Si bien la mencionada falta de modificación de la normativa interna se extiende también al ámbito constitucional, la actual coyuntura de antesala a la Asamblea Constituyente amerita la revisión de aspectos constitucionales de relevancia para la implementación del ECPI, los que serán abordados a continuación.

¹ Suscrito el 17 de julio de 1998 y ratificado mediante ley n.º 2398 de 24 de mayo de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial de Bolivia* n.º 2407 de 19 de junio de 2002. El instrumento de ratificación fue depositado el 27 de junio de 2002.

² Anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI. Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ. Partes del texto de la Exposición de motivos han sido tomadas para la elaboración de este informe al ser coincidente la autoría moral.

³ Sobre el procedimiento de ratificación y la jerarquía del ECPI en el ordenamiento jurídico interno, véase Elizabeth Santalla: "Informe nacional - Bolivia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 83-84.

2. Obstáculos para la implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Como se ha indicado, no existió reforma constitucional ni previa ni posterior a la ratificación del ECPI. Toda vez que la Constitución Política del Estado (en adelante, CPE) no requiere de un control previo de constitucionalidad sino que establece la posibilidad que el Tribunal Constitucional conozca y resuelva la constitucionalidad de tratados —en este caso, con organismos internacionales—,⁴ se entiende que ésta es sólo una posibilidad y no un requerimiento previo a la ratificación de tratados. Esta interpretación se refuerza con la Ley del Tribunal Constitucional, que establece la posibilidad de que, ante una *duda fundada* sobre la constitucionalidad de un tratado, previa a su aprobación y ratificación, el presidente del Congreso Nacional remita la consulta de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, cuya decisión tiene efecto vinculante.⁵

De los hechos se colige que, en el caso del ECPI, no existió *duda fundada* de inconstitucionalidad. Es más, a efectos del proceso de aprobación congresal, el informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de marzo de 2002 destacó la concordancia del ECPI con la CPE.⁶ En consecuencia, no hubo decisiones jurisprudenciales previas o posteriores que analizaran la compatibilidad del ECPI con el ordenamiento jurídico interno. Si bien dicho análisis no fue necesario, habría sido interesante contar con pronunciamientos expresos respecto a la forma de compatibilizar en la práctica aspectos particulares de las relaciones emergentes entre el cumplimiento de las obligaciones internacionales generadas a partir de la ratificación y la aplicación de los derechos y garantías constitucionales. Por ejemplo, ante eventuales solicitudes de entrega de personas a la CPI que se suscitaran antes de efectivizarse la implementación propiamente dicha del ECPI.

En este marco, partiendo de la premisa de constitucionalidad del ECPI, es no obstante el momento propicio, como se ha indicado, para el análisis de aspectos constitucionales que puedan reforzar la implementación del ECPI. Manteniendo di-

⁴ Artículo 120.9.

⁵ Artículos 113-115, Ley del Tribunal Constitucional, n.º 1836, de 1 de abril de 1998.

⁶ Para mayor explicación del contexto y las particularidades de dicho Informe, véase *supra* nota 3, pp. 84-86.

cha premisa, la realización de reformas constitucionales no constituye un óbice para la implementación de aspectos inherentes al principio de complementariedad y las obligaciones emergentes del régimen de cooperación del ECPI; cualquiera de los dos eventos puede suscitarse con anterioridad al otro. Según esta lógica, tampoco puede considerarse que la falta de implementación sea producto de la falta de realización de reformas constitucionales.

A continuación se esbozarán algunos aspectos de índole constitucional que no constituyen *per se* obstáculos para la implementación, si bien su consideración podría reforzarla.

2.1.1. De la pena máxima

La CPE proscribire, de manera indirecta, la pena de cadena perpetua al establecer que para los delitos de asesinato, parricidio y traición a la patria, la pena aplicable es de treinta años de presidio sin derecho a indulto.⁷ De acuerdo con esta formulación, ha de entenderse que los mencionados delitos son considerados los más graves en el ordenamiento jurídico interno y que, por tanto, la pena máxima es de treinta años sin derecho a indulto. Esta interpretación está reforzada por el Código Penal (en adelante, CP), que de manera expresa establece que la pena máxima para los delitos que revistan mayor gravedad será de treinta años, aun en el caso de concurso de delitos.⁸

Considerando la alternativa que plantea el propio ECPI⁹ respecto a que el régimen de penas adoptado por el mismo no constituye un óbice para que los Estados parte mantengan y apliquen el suyo propio, aún siendo éste distinto al planteado por el ECPI que establece la posibilidad de imposición de cadena perpetua¹⁰ revisable a los 25 años de su ejecución,¹¹ puede colegirse que no existe visos de incompatibilidad constitucional con el régimen de penas interno.

Cabe, desde luego, la interrogante de las implicaciones que en la conclusión anterior tendría un eventual procesamiento de la Corte Penal Internacional (en ade-

⁷ Artículo 17.

⁸ Artículo 27.1.

⁹ Artículo 80.

¹⁰ Artículo 77.1.b.

¹¹ Artículo 110.3.

lante, CPI), condena e imposición de cadena perpetua conforme al régimen del ECPI, de un nacional —por ejemplo, boliviano— a quien en un proceso interno por los mismos delitos que motivaran el procesamiento por la CPI no se sancionaría con pena de cadena perpetua.

Los criterios que rigen la determinación de la pena para la CPI están normados en las RPE.¹² Respecto a la imposición de cadena perpetua, los únicos parámetros que se establecen son la *extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes*.¹³ Vale decir, básicamente se trata de la misma formulación del artículo 78.1 del ECPI, con la añadidura de que las causales agravantes son los indicadores de las circunstancias personales del condenado.

En este sentido, los alcances y la aplicación concreta del artículo 78 del ECPI —como por ejemplo, en el caso hipotético planteado anteriormente— no advierten una solución positiva, sino en todo caso sujeta a la práctica a desarrollarse por la CPI y a la aceptación de que, en mérito al régimen de complementariedad, la prerrogativa de decisión discrecional respecto a la imposición de la pena es transferida a la CPI.

Respecto a la práctica internacional desarrollada hasta el presente, puede considerarse que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha circunscrito los fines de la pena en el derecho penal internacional —no definidos en las resoluciones del Consejo de Seguridad que dieron origen a su creación— principalmente a los fines de *retribución y disuasión*, mientras quedan en una categoría secundaria otros fines como el de *rehabilitación*, cuyo significado depende, *inter alia*, del carácter del conflicto armado.¹⁴

En efecto, una de las sentencias significativas del ICTY (*Prosecutor v. Erdemovic*)¹⁵ reconoce que el fin de rehabilitación de la pena es de inferior jerarquía al del “intento por estigmatizar las más serias violaciones del derecho internacional humanitario”.¹⁶ Sin embargo, la atribución de un sentido normativo o cuasinormativo a la infracción de la norma depende del tipo de vigencia que ésta tenga. “En un sistema simple de normas, carente de reglas de reconocimiento asociadas a reglas de cambio,

¹² Regla 145.

¹³ Regla 145.3.

¹⁴ Véase Kai Ambos y Jan Nemitz: “El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional”, en *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, Ara, 2004, pp. 454-457.

¹⁵ IT-96-22-T, sentencia de 29 de noviembre de 1996, para. 66, citada *supra* nota 14.

¹⁶ *Ibidem*, 455.

la desviación puede interpretarse como negación de la vigencia. Pero en un sistema normativo reflexivo, en el cual el reconocimiento de la norma es provisto por criterios procedimentales de validez, la infracción de la norma no puede ser interpretada como un acto con sentido normativo, sin contradecir al sistema normativo, pues en él ese sentido está gobernado por reglas, y no hay una regla secundaria que le atribuya ese carácter”.¹⁷

Si bien el régimen de imposición de penas de los tribunales *ad hoc* no está regido por el derecho interno de los Estados de la antigua Yugoslavia y Ruanda, según el caso, ni tampoco el de la CPI, como una corte internacional, el contexto y la coyuntura de la CPI, que difiere esencialmente a partir del principio de complementariedad, podría generar una práctica diferente ante situaciones similares a la hipótesis antes planteada. En este sentido, los parámetros que se desarrollen en la práctica respecto a la aplicación de los criterios de determinación de la pena del régimen de la CPI podrían complementar su régimen positivo de determinación de las penas. Por otro lado, la doctrina ha planteado también la posibilidad de que la pena de cadena perpetua sea objeto de mayor análisis respecto a su pertinencia al tiempo de la revisión del ECPI.

Sin embargo, al margen de tales posibilidades, en el ámbito *ordinario* de persecución penal nacional ha de tenerse en cuenta que, ante la hipótesis planteada, podría darse el caso de un nacional boliviano que sea juzgado en mérito, por ejemplo, al principio de territorialidad, por una jurisdicción extranjera en la que exista pena de cadena perpetua para el delito de juzgamiento.

Existiendo tales posibilidades, el reconocimiento y la aceptación de una eventual activación de la jurisdicción complementaria de la CPI, que en este caso el Estado boliviano ha efectuado con la ratificación del ECPI, hace que la hipótesis planteada y cualquier otra —por ejemplo, respecto a las penas indeterminadas del ECPI o las reglas de determinación de la pena también poco determinadas— resulten también aceptadas de antemano por el Estado boliviano. Esta implícita aceptación de la prerrogativa de decisión discrecional respecto a la imposición de la pena difícilmente puede catalogarse de inconstitucional respecto al régimen de penas y en particular de

¹⁷ Véase Antonio Bascañán: “Derechos fundamentales y derecho penal”, en Marcelo Alegre et al. (eds.): *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 339.

la pena de cadena perpetua del ECPI, en virtud de la complementariedad de una jurisdicción de carácter internacional. Esta interpretación no implica, desde luego, que no sea deseable una eventual modificación o precisión del régimen de determinación de las penas de la CPI.

Asumiendo la inexistencia de una situación de incompatibilidad constitucional con el ECPI, y en mérito a la tendencia humanista y finalista del tratamiento de las penas, corresponde reforzar la prohibición constitucional no sólo de la pena capital,¹⁸ sino también de la de cadena perpetua, y, por ende, el reforzamiento de la pena máxima del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, ha de complementarse y especificarse en el artículo 17 de la CPE que no existen las penas de muerte ni de cadena perpetua en el ordenamiento jurídico interno, eliminando a su vez cualquier listado de delitos que ameriten la pena máxima, cuya determinación corresponde más bien a la ley penal sustantiva, y teniéndose en cuenta que, en particular, en mérito a la implementación del ECPI, no resultan sólo el asesinato, el parricidio y la traición a la patria los delitos de mayor gravedad.

2.1.2. De la inmunidad parlamentaria y de altas autoridades

Una importante modificación que planteó la Ley de Necesidad de Reformas a la CPE,¹⁹ recogida e introducida por la ley n.º 2631,²⁰ es la referida a la inmunidad parlamentaria, al plantear la modificación al artículo 52 de la CPE, que confería completa inmunidad de acusación, persecución o arresto a senadores y diputados, desde el momento de su elección hasta la finalización de su mandato, salvo licencia de la propia Cámara a la que pertenecieran. Dicha modificación, fuera de limitar la inmunidad a la materia penal, sustituye la licencia de la propia Cámara del Senador o Diputado en cuestionamiento, por la de la Corte Suprema de Justicia, salvo en el caso de delito flagrante. De esta manera, la suspensión de la inmunidad parlamentaria a efectos de la acusación y procesamiento en materia penal adquiere mayor independencia al trasladarse dicha competencia al Poder Judicial.

Si bien la licencia previa es uno de los aspectos más comunes en el derecho constitucional comparado, respecto a una eventual acusación y procesamiento por

¹⁸ Sugerencia planteada por el defensor del Pueblo respecto a la pena de muerte. *Propuesta de reformas a la CPE*, de julio de 2003.

¹⁹ Ley n.º 2410, de 8 de agosto de 2002.

²⁰ Ley de 20 de febrero de 2004 (última reforma parcial constitucional).

delitos del derecho internacional, este nuevo tratamiento, aun sujeto a licencia, podría colidir con los requerimientos de complementariedad emergentes del criterio de *incapacidad*. Como ha reconocido la doctrina, dichos requerimientos llevan a la remoción de inmunidades en el derecho interno,²¹ en mérito al artículo 27 del ECPI.

En este contexto, puede trazarse una relación con la modificación planteada al artículo 15 de la CPE, que establece la responsabilidad penal y civil de toda *autoridad, funcionario, agente público y particular* que vulnere los derechos y garantías constitucionales. A efectos de mayor claridad y certeza jurídica, correspondería incluir de manera expresa dicha remoción de inmunidades en el nivel constitucional, tratándose de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Este planteamiento es reforzado por la apertura a la jurisdicción penal que el CP establece en su artículo 1.6, respecto a los delitos cometidos en el extranjero por funcionarios en el desempeño de su cargo o comisión, vale decir, con relación a las inmunidades funcionales en el derecho interno.

Lo propio acontece respecto a altas autoridades del Poder Ejecutivo, esto es, el presidente de la República, el vicepresidente, los ministros y prefectos, quienes están sujetos a juicio de responsabilidades (*impeachment proceedings*) por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuya sustanciación y resolución está normada por la Ley de Juicio de Responsabilidades.²²

Entre los delitos que constituyen competencia material para este tipo de juzgamiento, entre los crímenes internacionales, se encuentra únicamente el genocidio. Si bien la ley establece que la violación de los derechos y de las garantías constitucionales constituye también competencia material, puede entenderse que sólo la *tortura*, las *coacciones*, *exacciones o cualquier forma de violencia física o moral*²³—aunque no en el contexto de un crimen de lesa humanidad— sería objeto de juicio de responsabilidades.

En consecuencia, puede advertirse que la Ley de Juicio de Responsabilidades— pese a haber sido promulgada con posterioridad a la ratificación del ECPI—, conforme el planteamiento actual, no constituye fuero jurisdiccional para ningún delito del derecho internacional, fuera del genocidio. Como lo demuestra la jurisprudencia

²¹ Véase Jan Kleffner: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, 1, 1, Oxford University Press, 2003, p. 103.

²² Ley n.º 2445, de 13 de marzo de 2003.

²³ Artículo 12 de la CPE.

desde los tribunales de Núremberg hasta los contemporáneos tribunales *ad hoc*, gran parte de la persecución de delitos del derecho internacional está orientada a la llamada *criminalidad de Estado*. Vale decir que, conforme al planteamiento actual de la mencionada ley, existiría incapacidad de persecución para delitos del derecho internacional que fueran cometidos por el *presidente*, el *vicepresidente*, los *ministros* y *prefectos* en el ejercicio de sus funciones.

Si bien es evidente que cuando se promulgó la mencionada ley no existía una adecuada tipificación de los delitos del derecho internacional, al no haberse establecido algún tipo de salvaguarda en el sentido de que los delitos de competencia de la CPI, a tipificarse a tiempo de la implementación del ECPI, quedarían incluidos en la competencia material del juicio de responsabilidades, se hace necesaria la modificación de la ley en cuestión. Un mecanismo legislativo de esa naturaleza no quebranta el principio de legalidad, pues no consiste en una tipificación en sí misma, ni podría serlo por el objeto de la mencionada ley. Sólo consiste en reconocer la eventual ampliación de tal competencia una vez que los delitos sean taxativamente tipificados por norma penal sustantiva cuya aplicación, desde luego, no podría tener ninguna connotación retroactiva. Situación similar se presenta con el caso del crimen de agresión que se reconoce en el ámbito de competencia de la CPI, especificándose que dicha competencia se ejercerá una vez que se defina el crimen.²⁴

Respecto a la licencia o limitación de inmunidad que la mencionada ley mantiene conforme al planteamiento actual de la CPE, es decir, la licencia previa congresal para el caso de procesamiento, caben las mismas apreciaciones que en el caso de la inmunidad parlamentaria. Conforme al artículo 27.2 del ECPI, que desconoce cualquier inmunidad o prerrogativa inherente a cargo oficial —fuera ésta reconocida por el derecho interno o internacional— a efectos del ejercicio de competencia de la CPI, en caso de tratarse de procesamiento por delitos del derecho internacional contra cualquiera de las personas de competencia personal del juicio de responsabilidades, el requerimiento de licencia previa por el Congreso resulta irrisorio. Ante tales situaciones, el margen de deliberación del Congreso se reduce. En efecto, si bien el artículo 27.2 del ECPI sólo tiene efectos normativos directos respecto al ejercicio de jurisdicción complementaria por la CPI, redundando en el procedimiento interno. En el supues-

²⁴ Artículo 5.1.2 del ECPI.

to de que la solicitud de autorización ante el Congreso a efectos del juicio de responsabilidades resultase desfavorable para el procesamiento, podría estarse ante una causal de apertura de la jurisdicción complementaria de la CPI.

Por tanto, puede entenderse que es interés del Estado —fuera de una consecuencia de la ratificación del ECPI— que la normativa interna facilite el procesamiento interno cuando corresponda. Esto conlleva a la modificación del procedimiento establecido por la ley en cuestión cuando se trate de acusación por delitos del derecho internacional.

Por otro lado, la ley, en su artículo 4, remite el régimen de prescripción al establecido por el CPP. Al ser necesaria la incorporación de los otros delitos del derecho internacional —además del genocidio— a la competencia material del juicio de responsabilidades, como se ha indicado, es necesario calibrar dicho régimen con el carácter imprescriptible de tales delitos. En consecuencia, corresponde establecer la imprescriptibilidad del juicio de responsabilidades cuando se trate de delitos del derecho internacional, en concordancia con la correspondiente modificación del régimen de prescripción del CPP respecto de los delitos en cuestión.

No obstante, es de tomar en cuenta que, de los aspectos observados, la incorporación de delitos del derecho internacional en la competencia material del juicio de responsabilidades y el carácter imprescriptible de éstos son pasibles de modificación, en concordancia con las correspondientes modificaciones al CP y al CPP emergentes de la implementación del ECPI. Pese a ello, el tratamiento de la inmunidad a efectos del mencionado juicio necesita ser reformado desde su formulación constitucional (artículo 118.5 de la CPE). Si bien la Ley de Necesidad de Reforma a la CPE planteó la modificación del mencionado artículo, lo hizo sólo respecto al numeral 7, con lo que quedó inmutable el procedimiento reflejado por la Ley del Juicio de Responsabilidades.

La implementación del ECPI previa a la reforma constitucional no podría modificar el tratamiento de la inmunidad a efectos del juicio de responsabilidades, mas la propia implementación significará un implícito deber de persecución penal nacional tratándose de delitos del derecho internacional en mérito al asumido principio de complementariedad, como se ha apuntado, a partir de la ratificación del ECPI. Dicho deber podría y debería ser especificado en la reforma constitucional al tratarse de un importante aspecto de implementación. En efecto, se reconoce que el artículo 27 es una de las normas más importantes del ECPI, cuya inexistencia derivaría en ineficacia de la CPI.

2.1.3. De la inviolabilidad parlamentaria

Otro aspecto relativamente común en el derecho constitucional comparado es la inviolabilidad de senadores y diputados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones. En esta línea, el artículo 51 de la CPE reconoce dicha inviolabilidad. Sin embargo, a la luz del ECPI, esta inviolabilidad cobra también matices particulares, y actualmente no puede ser concebida con carácter absoluto, sino más bien relativo.

En efecto, este carácter relativo viene dado por los límites a la inviolabilidad que plantean ciertas modalidades de comisión de los delitos contra el derecho internacional que puedan coincidir con formas de expresión u opinión y formas anticipadas de protección penal, como la proposición o la instigación a delinquir. Así por ejemplo, el ECPI tipifica de manera expresa y particular la instigación pública a cometer genocidio,²⁵ y desde luego se entiende que la instigación constituye una forma de comisión para cualquier delito tipificado por el ECPI.²⁶

Si la inmunidad parlamentaria no es absoluta y, como se ha indicado, queda más bien restringida por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, las modalidades de comisión de los delitos del derecho internacional que coinciden con formas de expresión u opinión tampoco pueden estar protegidas por la inviolabilidad parlamentaria. En consecuencia, si es recomendable, a tiempo de la próxima reforma constitucional, limitar de manera expresa el régimen de inmunidades, lo es también respecto a la inviolabilidad parlamentaria.

2.1.4. De la amnistía

La CPE, en su artículo 96.13, confiere la facultad al presidente de decretar amnistías por delitos políticos, y reconoce a su vez la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías.

Es de advertir que el ECPI no contempla disposiciones específicas respecto a la amnistía, ni fáctica ni de derecho. Surge entonces la pregunta respecto a la compatibilidad de ésta con el régimen del ECPI. En consecuencia, corresponde su análisis respecto al *test* de admisibilidad del artículo 17 del ECPI.

²⁵ Artículo 25.3.e.

²⁶ Artículo 25.3.b.

La aplicación de una ley de amnistía —*de iure*— podría constituir un ejemplo de la decisión de un Estado de no perseguir determinado crimen de competencia de la CPI, y podría connotar una falta de intención o voluntad, conforme al artículo 17.1.a. En efecto, si se considera que el propósito de una ley de amnistía es liberar a determinadas personas de su responsabilidad penal, ésta tiene un efecto inherente e inmediato respecto a la investigación, el procesamiento y/o la ejecución de sentencia del individuo en concreto, sea que existan o no otros fines que motiven la declaratoria de amnistía. Por tanto, esta situación podría enmarcarse en el caso del artículo 17.1.a y/o 17.2.a y constituir un caso admisible para la CPI.

Ante la existencia de dicha posibilidad, más aún en los casos que puedan representar una autoexoneración, es conveniente limitar la potestad constitucional del presidente y en su caso del Congreso de dictar amnistías respecto a crímenes internacionales, en particular de competencia de la CPI.

Si bien dicha potestad constitucional está circunscrita al caso de delitos políticos, el carácter subjetivo y casuístico de la determinación de éstos refuerza la necesidad de dicha limitación. En este sentido, es ilustrativo el régimen de causales de exclusión de la condición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de la que Bolivia es Estado parte. Dichas causales de exclusión se refieren precisamente a la existencia de, *inter alia*, crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio.

2.1.5. Del confinamiento

Conforme al planteamiento constitucional actual, la CPE, en su artículo 112.4, contempla la figura del confinamiento durante el estado de sitio si la *conservación del orden público* así lo justificare. Como ha sido reconocido por el defensor del Pueblo, se trata de una medida de carácter esencialmente político,²⁷ que a tiempo de la implementación del ECPI puede colidir con la tipificación de la conducta de *someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales* (artículo 8.2.a.vii del ECPI) y, en su caso, con el crimen de lesa humanidad de *deportación o traslado forzoso de población* (artículo 7.1.d del ECPI), no obstante la peculiaridad del elemento contextual de éste. Como lo estipula el ECPI, esta medida es sólo permisible conforme al derecho

²⁷ Propuesta de Reforma a la CPE. Defensor del Pueblo, julio de 2003.

internacional (artículo 7.2.d) y al derecho internacional humanitario respecto al artículo 8.2.a.vii, por lo que corresponderá su supresión del marco constitucional.

Respecto a la prohibición del destierro por motivos políticos que establece el mismo artículo 112.4 de la CPE, es importante reforzar dicha prohibición y ampliar su alcance, restringido conforme el texto constitucional a *motivos políticos*. Asimismo, y siguiendo la recomendación anterior de supresión de la figura del confinamiento corresponderá suprimir el término *confinado* de la frase que indica: “[...] pero al confinado, perseguido o arrestado por estos motivos, que pida pasaporte para el exterior, no podrá serle negado por causa alguna debiendo las autoridades otorgarle las garantías necesarias al efecto”.

2.1.6. De la obediencia debida en el contexto de las Fuerzas Armadas

La obediencia debida reviste, a la luz del derecho penal internacional, un nuevo enfoque, estrictamente enmarcado en el respeto de los derechos y garantías constitucionales. Es así que, desde el precedente sentado por los tribunales de Núremberg hasta la jurisprudencia desarrollada por los tribunales *ad hoc*, el cumplimiento de órdenes superiores no exonera de responsabilidad penal por la comisión de delitos del derecho internacional, ni a civiles ni a militares.²⁸

Si bien el artículo 209 de la CPE no es incompatible con el planteamiento del ECPI, dada la coyuntura de posibilidad de reformas constitucionales, resulta idónea la modificación o complementación de este artículo en su primera parte. En particular, ha de complementarse que los conceptos de *jerarquía*, *disciplina*, *obediencia*, *no deliberación*, sobre los que se asienta la *organización* o más bien el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, han de interpretarse y aplicarse en el marco del respeto a los derechos y garantías constitucionales, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y no sólo de las leyes y reglamentos militares, como plantea actualmente la CPE.

En este sentido, cabe notar que el proyecto de Ley Interpretativa de la CPE respecto a la competencia de la justicia militar y ordinaria²⁹ —sin ingresar en mayo—

²⁸ Artículo 33 del ECPI.

²⁹ Proyecto aprobado por la Cámara de Senadores.

res consideraciones al respecto en este momento— parte precisamente de la interpretación del mencionado artículo 209 en los términos planteados actualmente. Siendo recomendable la complementación del artículo 209 en la reforma constitucional, resulta débil la consistencia normativa de esta propuesta legislativa.

2.1.7. De la censura en conflicto armado internacional

El artículo 112.6 de la CPE, en el marco del estado de sitio, establece la posibilidad de que en conflicto armado internacional se determine la *censura sobre la correspondencia y todo medio de publicación*. Sin embargo, tal posibilidad no queda complementada por las debidas limitaciones tendientes a preservar los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión.

El derecho internacional humanitario entiende por censura, el “control que la Potencia detenedora puede ejercer sobre la correspondencia —antes de distribuirse o de expedirse— remitida a los *prisioneros de guerra* o a los *internados*, o enviada por éstos”.³⁰ Al respecto los Convenios de Ginebra III³¹ y IV³² establecen limitaciones en cuanto a los recipientes y modalidades en que la censura podría llevarse a cabo, principalmente resguardando que la necesidad de censura no implique demora en la obtención y/o el envío de correspondencia personal. Asimismo, es de advertir que el derecho internacional humanitario restringe la censura a la correspondencia de prisioneros de guerra y/o internados. En este sentido, la mencionada norma constitucional resulta genérica, pues conforme a su formulación abarca cualquier tipo de correspondencia y medio de publicación.

En consecuencia, siendo la censura una potestad en conflictos armados regulada por el derecho internacional humanitario, no corresponde que el texto constitucional se pronuncie sobre un aspecto específico normado por dicha rama del derecho internacional, y menos con las imprecisiones mencionadas, teniendo en cuenta que dicha censura involucra limitaciones excepcionales a derechos fundamentales —derecho a la privacidad y libertad de expresión—. En consecuencia, es pertinente la supresión del artículo 112.6 del texto constitucional.

³⁰ Véase Prieto Verri: *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

³¹ Artículos 71 y 76.

³² Artículos 107 y 112.

2.1.8. Del reconocimiento de la jurisdicción complementaria de la CPI

Toda vez que el principio *ne bis in idem* no tiene reconocimiento constitucional en Bolivia, difícilmente puede argumentarse que una eventual activación de la jurisdicción complementaria de la CPI constituya una vulneración del mencionado principio desde el punto de vista constitucional. De incorporarse una disposición expresa sobre el *ne bis in idem* en el texto constitucional, resultaría oportuno establecer el reconocimiento de complementariedad de la CPI en el nivel constitucional. Pero, aun en esta hipótesis, es conveniente que los efectos del *ne bis in idem* que reconoce el CPP sean expresamente ampliados respecto a la CPI con fines de precisión normativa y de facilitar o hacer más práctica la aplicación del tratado cuyo régimen de complementariedad, a partir de la ratificación del ECPI, es vinculante para el Estado boliviano en el contexto y con las connotaciones que establece el ECPI para su activación.

2.1.9. De la relación del derecho internacional y el derecho interno

El rango o la jerarquía constitucional que adquieren los instrumentos internacionales en el derecho interno es un aspecto que no fue abordado por la CPE. Las últimas reforma constitucionales de 1994 y 2004 tampoco incluyeron consideración alguna al respecto. Si bien éste no es un aspecto que atañe directamente a la implementación del ECPI, es importante su consideración a efectos de las reformas constitucionales a tratarse en la eventualidad de una próxima asamblea constituyente o en el marco de cualquier revisión futura de reformas constitucionales, al regular un aspecto de esencial importancia constitucional como es la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

La Ley de Necesidad de Reformas a la CPE no enfoca de manera expresa el mencionado vacío constitucional. No obstante, sitúa como parámetros rectores de interpretación y aplicación de los derechos y garantías constitucionales a *la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia*.³³ En este sentido, puede entenderse que

³³ Artículo 6.V, ley n.º 2410.

los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico interno adquieren rango constitucional, con lo que se sitúan por encima de las leyes ordinarias.

Esta previsión, si bien constituye un avance importante en el tratamiento constitucional de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, abre la polémica de qué instrumentos han de considerarse de *derechos humanos*. En esta línea, al margen de la discusión sobre si el ECPI es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos y/o del emergente derecho penal internacional o supranacional, o de ambos, ha de entenderse que, como todo instrumento internacional de íntima relación con la temática de derechos humanos, requiere de la consiguiente implementación para su aplicación y vigencia práctica. En este sentido, es de rescatar el artículo 72.II³⁴ de la Ley de Necesidad de Reformas a la CPE, que plantea de manera expresa dicha necesidad de implementación, de relevancia para el caso del ECPI.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como se ha indicado, Bolivia no ha implementado aún el ECPI, razón por la que este análisis se centrará en el anteproyecto de Ley de Implementación del ECPI³⁵ (en adelante, *anteproyecto*), única propuesta legislativa que se conoce hasta el presente.

El anteproyecto prevé una implementación total, toda vez que incluye no sólo aspectos de complementariedad sino también de cooperación. En efecto, la primera parte comprende reglas generales, la segunda incorpora los delitos del derecho internacional, la tercera parte tipifica los delitos contra la administración de justicia de la CPI, la cuarta parte recoge los aspectos inherentes al régimen de cooperación con la CPI y la quinta y última parte establece las derogatorias y disposiciones transitorias necesarias para la aplicación del anteproyecto.

Como puede advertirse, la estructura del anteproyecto destaca la jurisdicción primaria que conforme al modelo adoptado por el ECPI recae, en este caso, en el Estado boliviano, al dedicar las primeras partes a los aspectos inherentes al régimen

³⁴ "II. Las Leyes Orgánicas regularán: el desarrollo de los derechos y deberes fundamentales consagrados en esta Constitución y los Instrumentos Multilaterales suscritos por el Estado, [...]".

³⁵ Véase *supra*, nota 2.

de complementariedad y posteriormente al de cooperación. Es más, el artículo 4 del anteproyecto reconoce expresamente la jurisdicción primaria, atribuyendo el carácter de delitos de acción pública a los delitos del derecho internacional descritos por éste a efectos del ejercicio obligatorio de la acción penal, conforme el diseño del CPP. En tal sentido, se complementan las causales de suspensión, interrupción o cesación de la acción penal pública que plantea el CPP, y se reconoce expresamente la eventualidad de la activación de la complementariedad de la CPI.

No obstante, el régimen de cooperación está diseñado para viabilizar, en todo lo posible, la cooperación con la CPI, en mérito al estándar de “cooperación plena” del artículo 86 del ECPI. Asimismo, las primeras partes están diseñadas para promover la jurisdicción primaria. En efecto, la exposición de motivos indica:

Si bien el ECPI no contiene deberes explícitos de tipificación, en mérito a la fuerza que imprime el principio de complementariedad en las jurisdicciones nacionales se entiende que su cumplimiento se verifica con deberes ‘extremos’ de tipificación. En este sentido, las conductas tipificadas por el ECPI han sido consideradas por el presente anteproyecto como mínimos de implementación, ampliándose el alcance de las mismas en lo posible y pertinente y en consideración de otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado boliviano.³⁶

Se trata, en consecuencia, de una ley especial de implementación que, conforme su artículo 2, tiene un carácter complementario al CP y al CPP y es de aplicación especial respecto a los delitos del derecho internacional descritos en ella, los delitos contra la administración de justicia de la CPI y el régimen de cooperación con la CPI. En consecuencia, los códigos mencionados resultan de aplicación supletoria respecto a aspectos no normados por la ley. Este carácter complementario y de aplicación especial tiene la ventaja de evitar introducir excesivas reformas a los códigos penales —sólo en cuanto resulta estrictamente necesario para su aplicación— y, por otro lado, de fortalecer la integración de la ley especial en el ordenamiento penal y de servir de aspectos no normados por la ley, que puedan recogerse del ordenamiento penal *común*.

Si bien es evidente que la proliferación de leyes especiales que crean regímenes de excepción no es la solución óptima en Estados cuyos ordenamientos positivos se

³⁶ Segundo párrafo de la Exposición de motivos, Parte I, Generalidades.

basan en cuerpos codificados, no es menos cierto que ésta puede considerarse una práctica generalizada adoptada para la implementación del ECPI en el ámbito de la legislación comparada, principalmente en razón de constituir un modo más expedito y sencillo para alcanzarla. Por otro lado, a diferencia de, por ejemplo, el régimen especial de la coca y sustancias controladas,³⁷ la ley especial en cuestión responde a las obligaciones emergentes de un tratado multilateral con aceptación masiva³⁸ que impone importantes modificaciones en el derecho penal común, o más bien consolida un derecho penal internacional, respecto a la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, es de tener en cuenta que la opción de una ley especial no impide que, ante una eventual reforma de los códigos penales, el contenido de aquélla pueda ser asimilado por los códigos.

A continuación se abordarán las principales características del anteproyecto:

2.2.1. *Nomen juris*

Como el ordenamiento jurídico interno no contempla la categoría de crímenes, sino simplemente de delitos y, en su caso, de faltas o contravenciones, el anteproyecto ha mantenido la terminología empleada. Es decir, se ha reemplazado la terminología de *crímenes de guerra* por *delitos contra el derecho internacional humanitario* y de *crímenes de lesa humanidad* por *delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos*.

Si bien el término *crímenes del derecho internacional* no es sólo una traducción del inglés (*crimes*) —idioma de elaboración de la mayor parte de los instrumentos internacionales relevantes— sino que ha sido empleado para denotar la gravedad de estas ofensas, su empleo en sistemas legales como el boliviano, que sólo contemplan delitos y faltas o contravenciones, podría generar confusiones innecesarias. Así por ejemplo, el término *crímenes de guerra* podría generar confusión respecto al ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Por otro lado, se entiende que la gravedad de los delitos tipificados por el anteproyecto ya se hace manifiesta a través de factores como el reconocimiento de la imprescriptibilidad, el carácter no amnistiable ni indultable que éste les asigna, la gravedad de las penas, entre otros.

³⁷ Ley n.º 1008, de 19 de julio de 1988.

³⁸ Noventa y nueve ratificaciones a junio de 2005.

En su parte final, el anteproyecto modifica el título del capítulo IV del título I del libro segundo del CP, “Delitos contra el Derecho Internacional”, por una denominación más acorde con los tipos penales que contempla dicho capítulo:³⁹ “Delitos contra las Relaciones Exteriores y Delitos Tradicionales del Derecho Internacional”, y para diferenciarlo del título genérico adoptado por el anteproyecto: “Delitos del Derecho Internacional”. No obstante, se entiende que en una reforma integral del CP habrá que analizar la pertinencia y/o la tipificación de los tipos que contempla dicho capítulo.

2.2.2. *Imprescriptibilidad, amnistías e indultos*

El anteproyecto incorpora los principios reconocidos por el derecho internacional convencional y consuetudinario respecto a los delitos en cuestión. Vale decir, la imprescriptibilidad de la acción penal y de la ejecución de la pena, con la salvedad de los delitos de menor gravedad relacionados con la responsabilidad jerárquica, cuya incorporación sigue el modelo alemán. Así también se establece el carácter no político de estos delitos, que surte efectos particularmente respecto a eventuales amnistías, y se establece el carácter no indultable de estos delitos.

2.2.3. *Principios generales de derecho penal en el ECPI*

La implementación de los principios generales del derecho penal contemplados en el ECPI, al no ser éstos directamente vinculantes en el ámbito interno, ha procurado mantener —al igual que en varias de las experiencias comparadas de implementación— la formulación e interpretación propia del derecho interno. En este sentido, las modificaciones e incorporaciones introducidas responden a la finalidad de que aspectos que hacen a la esencia de la lógica del ECPI encuentren congruencia en el ámbito interno.⁴⁰

Lo propio ocurre con las distintas formas de responsabilidad penal individual que plantea el ECPI. Entendiéndose que éstas pueden ser reconducidas a figuras como la autoría, la complicidad y la instigación del Código Penal, el anteproyecto no

³⁹ Sobre el contenido de dicho capítulo véase *supra*, nota 3, p. 86.

⁴⁰ Exposición de motivos, párrafo 6.

incorpora de manera expresa cada figura del ECPI sino que las libra a la interpretación y aplicación que corresponden de varios supuestos casuísticos del artículo 25 del ECPI, conforme a la regulación de la autoría y las formas de participación criminal del Código Penal únicamente. En este sentido, se entiende que, en particular, la regulación del dolo, el error de hecho, la tentativa, las formas de participación criminal, las causales agravantes y atenuantes que establece el CPM no son aplicables y quedan más bien reemplazadas en su aplicación por las del CP.⁴¹ Esto es de importancia ante las críticas de que ha sido objeto la regulación de tales aspectos generales de derecho penal en el CPM.⁴²

Por el contrario, los efectos del principio de *ne bis in idem*, reconocido por el artículo 4 del CPP, han sido expresamente ampliados por el anteproyecto respecto a la CPI, con base en los criterios rectores del artículo 20.2.3 del ECPI. Esta regulación es posible en mérito al carácter complementario que reviste el anteproyecto respecto al CPP. Asimismo, el anteproyecto hace extensivos los criterios rectores del ECPI con relación a otras jurisdicciones nacionales, en cuanto correspondiere. La importancia de la incorporación expresa de los alcances del *ne bis in idem* respecto a la CPI redundará en la vigencia plena del principio de complementariedad y el reconocimiento implícito de la cesión de soberanía que la complementariedad implica.

2.2.4. Relación con la legislación militar

El anteproyecto establece la relación con la legislación penal militar partiendo de la diferencia que subyace entre los delitos militares —es decir, aquellos que afectan a materias o bienes militares— y los delitos contra el derecho internacional humanitario —que caen fuera del objeto de la legislación militar—. En consecuencia, la aplicación de los Códigos Penal Militar y de Procedimiento Penal Militar y de la Ley de Organización Judicial Militar se limita única y exclusivamente a los delitos militares, mientras los delitos contra el derecho internacional humanitario —que pueden ser cometidos tanto por militares como por civiles— quedan regidos por el anteproyecto, por lo que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, independientemente del sujeto activo.⁴³

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 7.

⁴² Véase *supra*, nota 3, pp. 95-101.

⁴³ Exposición de motivos, párrafo 3 y artículo 3.

En este sentido, el anteproyecto delimita la aplicación del artículo 1 del CPM a los delitos militares o violaciones a los códigos de conducta militar, y establece, a efectos jurisdiccionales, que los delitos contra el derecho internacional humanitario no constituyen delitos que afecten materias militares, teniendo en cuenta que la Ley de Organización Judicial Militar sienta la jurisdicción de los tribunales de justicia militar a partir del estándar de “afectación a materias militares”.⁴⁴ En consecuencia, el anteproyecto deroga los artículos 66, 67 y 69 del CPM (presión en prisioneros de guerra, ataque y destrucción indebida, y violación de tratados, respectivamente) que recogen, en cierto modo, las violaciones al derecho internacional humanitario aunque de un modo muy general y vago,⁴⁵ y más bien sanciona de manera específica las principales conductas violatorias al trato de prisioneros de guerra y, de un modo general, a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977. Por su parte, el tipo de *ataque y destrucción indebida*, al guardar cierta relación con los artículos 8.2.b.ix y 8.2.e.iv del ECPI, es derogado y tipificado en el anteproyecto bajo el título de *delitos contra el derecho internacional humanitario*.

De esta manera, el anteproyecto establece la jurisdicción ordinaria para el caso de delitos contra el derecho internacional humanitario, aunque fueran cometidos por funcionarios militares, en mérito a la corriente doctrinal actual que tiende a analizar los alcances de la justicia militar en función a la misión constitucional de las Fuerzas Armadas. Esta corriente ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, que ha subrayado la necesidad de dicho análisis: “[...] si los militares están en todas sus acciones sujetos a la jurisdicción militar, o si, al contrario es posible que ciertas conductas sean sometidas a la justicia ordinaria”.⁴⁶

En este marco, resulta polémico el planteamiento del proyecto de Ley Interpretativa de la CPE respecto a la competencia de la justicia militar y ordinaria, que parte de la interpretación del mencionado artículo 209 de la CPE, cuya complementación ha sido analizada y recomendada en el inicio de este informe. En general, el mencionado proyecto plantea el reconocimiento exclusivo de la jurisdicción militar para todo tipo de delitos que fueran cometidos por militares y la incorporación de la jurisdicción militar al ámbito del Poder Judicial ordinario, aunque no plantea modificaciones a la Ley de Organización Judicial que en sus artículos 2 y 33 no incluye a

⁴⁴ Véase, artículo 10.

⁴⁵ Respecto a la crítica a estos artículos, véase *supra*, nota 3, p. 92.

⁴⁶ Resolución 0664/2004-R.

la jurisdicción militar. Al respecto, como fue citado por el Tribunal Constitucional,⁴⁷ la Comisión Internacional de Derechos Humanos ha expresado:

[...] el sistema de justicia penal militar tiene ciertas características que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial, siendo una de ellas, la imposibilidad de que ese sistema sea considerado como parte del Poder Judicial, porque dependen del Poder Ejecutivo, y otra, que los jueces de los tribunales militares son miembros del Ejército, situación que los coloca en la posición de juzgar a sus compañeros de armas, siendo ilusoria la imparcialidad, como requisito del juez natural.⁴⁸

En consecuencia, es necesaria una mayor reflexión respecto a la pertinencia de este proyecto de ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

2.2.5. Responsabilidad jerárquica

A diferencia del artículo 28 del ECPI, el anteproyecto incorpora la responsabilidad jerárquica en un mismo plano, tanto de militares como de civiles. Siguiendo el modelo alemán, establece paralelos respecto a los conceptos de *jefe militar y superior civil*. Asimismo, siguiendo el modelo canadiense, amplía de manera expresa el alcance de esta responsabilidad a los comandantes de policía en cuanto tuvieran un grado de autoridad y control similar a los jefes militares o superiores civiles. Esta especificación es de importancia para el caso boliviano, considerando que por lo general son las fuerzas de seguridad interna las responsables de las más serias ofensas.⁴⁹

Dada la amplitud de esta responsabilidad en el ECPI y las críticas de que ha sido objeto, en particular con relación al principio de culpabilidad, el anteproyecto la ha estructurado siguiendo el modelo alemán, que permite incorporarla sin apartarse radicalmente del sistema penal boliviano y en apego a la doctrina de la *responsabilidad imputable o de reprochabilidad*,⁵⁰ es decir, la omisión de cumplir con una acción realizable y obligatoria.⁵¹

⁴⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁸ Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Perú, junio de 2000.

⁴⁹ Véase Daryl Robinson: "Implementing International Crimes in National Law: the Canadian Approach", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003, p. 53.

⁵⁰ Artículo 13 del CP.

⁵¹ Exposición de motivos, párrafo 10.

En consecuencia, partiendo de los tipos de *incumplimiento de deberes* (artículo 154) y *omisión de denuncia* (artículo 178), estrechamente relacionado con el tipo de *encubrimiento* (artículo 171) del CP —que se aplican esencialmente respecto a funcionarios públicos—, se establecen tipos específicos:

- a. *incumplimiento del deber de vigilancia*, que recoge el deber de control y supervisión, se sobreentiende que ejercido de manera y con medios legales, que corresponde al superior respecto al inferior que se encontrare bajo su control efectivo, cuando existe un nexo causal entre dicha omisión y la comisión del delito por el inferior;
- b. *omisión de denuncia de un delito de derecho internacional*, que establece la obligatoriedad de denuncia en razón de la gravedad de los delitos de que trata el anteproyecto, conforme al ECPI y el derecho internacional humanitario en particular.

Considerando que el artículo 28 del ECPI establece con amplitud la responsabilidad penal del superior jerárquico, sin precisar la naturaleza de dicha responsabilidad, es de advertir que el artículo 13 *bis* del CP establece la *comisión por omisión*, para cuya imputación exige la violación de un deber de garante que equivalga, en el sentido de la ley, a su causación. Dicho deber jurídico del autor queda precisado, a la luz del artículo 28 del ECPI, como se ha explicado. Ello, adicionalmente, hace posible establecer la participación del superior, se entiende dolosa, en el delito cometido por el subordinado en el grado de autoría, en virtud de la comisión por omisión, en los casos en que éste permite a sabiendas la comisión del delito por el subordinado. La omisión de impedir, que constituye el núcleo de la responsabilidad jerárquica, queda precisada en el anteproyecto respecto a comprender el conocimiento por parte del superior de la comisión del delito o de la intención de cometerlo del inferior, y la falta de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir su comisión. Si el superior no sabía nada de los inminentes delitos del subordinado, se aplican, según corresponda, los tipos de *incumplimiento del deber de vigilancia* y/o de *omisión de denuncia de delitos del derecho internacional*.⁵²

⁵² *Ibidem*, párrafo 11.

Asimismo, el anteproyecto aclara en su exposición de motivos⁵³ que “la aplicación de la responsabilidad jerárquica en todos sus aspectos, supone que el jefe o superior debe poseer ambas: la ‘competencia legal’ y la ‘posibilidad material’ para impedir o reprimir los delitos. Las medidas concretas dependerán de la posición del superior en la ‘cadena de mando’”.⁵⁴

2.2.6. Obediencia debida

El tratamiento que el ECPI, en su artículo 33, otorga a la *obediencia debida* es recogido por el anteproyecto como una excepción a la responsabilidad penal individual que plantea el derecho penal internacional frente a órdenes superiores. Siguiendo el modelo alemán, al concordarse con las justificaciones en la forma de su tratamiento, se elimina la ficción legal del artículo 33.2 del ECPI, y se establece de manera más inteligible que el ámbito de aplicación de esta eximente de responsabilidad penal se refiere sólo al caso de los delitos contra el derecho internacional humanitario que no constituyan delitos contra personas protegidas. Asimismo, se considera la evidencia de la antijuridicidad de la orden militar o disposición análoga, a fin de recoger los estándares de *inconstitucionalidad clara* del artículo 13.3 (obediencia jerárquica) del CPM, cuyo objeto y alcance quedan circunscritos a los delitos militares, y de *ilicitud* del artículo 33 del ECPI.⁵⁵ De manera concordante, el anteproyecto deroga el artículo 100 del CPM, que sanciona con privación de libertad la *desobediencia a órdenes superiores*.

Ante una eventual aplicación de las atenuantes generales que establece el CP en su artículo 40.1, el anteproyecto efectúa la precisión correspondiente respecto al efecto atenuante que reviste la *obediencia debida* en el mencionado artículo.

2.2.7. De los delitos en particular

Genocidio

El anteproyecto deroga el artículo 138 del CP, que tipifica el genocidio, e incorpora modificaciones en su tipificación. Entre éstas cabe destacar la incorporación del elemento racial, uno de los grupos de protección conforme la definición de la

⁵³ *Ibidem*, párrafo 12.

⁵⁴ Véase, Ambos, K., (2002), *La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Internacional*, en *Nuevo Derecho Penal Internacional*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp. 461-462.

⁵⁵ Exposición de motivos, párrafo 14.

Convención del Genocidio y del ECPI que había sido omitido en la tipificación del CP.⁵⁶ Por otro lado, se tipifica sólo el desplazamiento de niños de un grupo a otro, omitiéndose la amplia formulación que contempla el tipo de *niños o adultos*, en atención a las definiciones de los mencionados instrumentos internacionales, de revisión de la legislación comparada, del sentido de la norma y considerando que el desplazamiento de niños o adultos constituiría en general el tipo *desplazamiento forzoso*.⁵⁷

Otra importante modificación está referida a la eliminación en la tipificación de *masacres sangrientas*, elemento que de manera *sui generis* fue incorporado en el caso boliviano, aparentemente en respuesta a la coyuntura política de la época (masacres de Catavi de 1942 y de San Juan de 1967).⁵⁸ La exposición de motivos del anteproyecto explica que un eventual caso de masacre —que no necesariamente habrá de ser *sangrienta*— podría perseguirse bajo el tipo de *exterminio* como delito de lesa humanidad, entendiendo que un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto.⁵⁹

Por otro lado, se cambia la tipificación actual del genocidio en términos plurales a una tipificación en singular, que permite perseguir el tipo aun si existiera una sola víctima. Es decir, que la conducta puede existir aunque se realice cualquiera de los actos constitutivos del tipo contra un solo miembro de uno de los grupos protegidos.⁶⁰

También se modifica la pena, estableciéndose la pena máxima. Se mantiene como agravante la posición del sujeto activo de autoridad, funcionario o empleado público, que contempla el artículo 138 del CP, a la que se adiciona la categoría de militares y policías.

Por otro lado, se tipifica la *instigación pública al genocidio*, punible conforme al artículo 25.3.e del ECPI, toda vez que el tipo de *instigación pública a delinquir* (artículo 130 del CP) se enmarca en el contexto de delitos contra la seguridad del Estado, la función pública o la economía nacional y establece una pena bastante baja ante una eventual persecución penal de instigación de genocidio —de un mes a un año— y de tres meses a dos años.⁶¹

⁵⁶ Véase, *supra* nota 3, p. 86.

⁵⁷ Exposición de motivos, Genocidio.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Véase, Ambos, K., (2004), *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*. www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm.

⁶⁰ Exposición de motivos, Genocidio.

⁶¹ *Ibidem*.

El anteproyecto adopta un enfoque que no se limita al marco del ECPI, bajo la consideración de que una tipificación restringida por el elemento contextual —ataque generalizado o sistemático contra la población civil— desembocaría en la atipicidad de las conductas delictivas en cuestión, cuya comisión fuera de dicho contexto es más propensa a existir en el caso boliviano. La atipicidad de estas conductas redundaría en una persecución penal basada sólo en delitos comunes, en caso de existir la correspondiente tipificación.⁶² De esta manera se perdería la fuerza preventiva de su tipificación en situaciones que no correspondieran, necesariamente, con el elemento contextual del ECPI, y la oportunidad de cumplir con las obligaciones y necesidades de implementación derivadas de importantes convenciones vinculantes para el caso boliviano que hasta la fecha no fueran implementadas.⁶³

Sin embargo, no todos los delitos de lesa humanidad han sido tipificados en el anteproyecto más allá del elemento contextual, sino sólo aquellos que hallan su fuente también en otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano y el derecho consuetudinario, como se ha apuntado. En estos casos, se ha mantenido el elemento contextual, el cual constituye un agravante. Es más, el anteproyecto, a efectos de certeza jurídica, optó por definir el elemento contextual introduciendo parámetros para su interpretación y aplicación. En consecuencia, los delitos de *asesinato*, *exterminio*, *deportación o traslado forzoso*, *delitos sexuales* y *persecución* sólo se tipifican en el marco del elemento de contextualidad, diferenciando su punición en contextos ordinarios como delitos comunes. En este marco, se adopta el *nomen juris* de *asesinato de lesa humanidad*, a fin de distinguir entre esta conducta sancionada en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el tipo común de asesinato.

Asimismo, las siguientes peculiaridades en la tipificación de algunos delitos son resaltadas por la exposición de motivos del anteproyecto al partir del ECPI, fuera de las connotaciones generales apuntadas, cuya incorporación responde, en algunos de los casos, a un análisis de la legislación comparada y la compatibilidad de su inclusión con el ordenamiento jurídico interno:

⁶² Para un análisis de la tipificación de estos delitos en el ordenamiento jurídico interno véase, *supra* nota 3, pp. 88-90.

⁶³ *Ibidem*.

Exterminio. Se optó por introducir de manera expresa el elemento intencional de *destrucción total o parcial de una población*, a fin de precisar los presupuestos de punibilidad. Asimismo, se adoptó la palabra *incluso*, empleada por los Elementos de los Crímenes del ECPI (artículo 7.1.b.1) al referirse a la imposición de condiciones de existencia destinadas a causar la destrucción de una población, para denotar que la conducta de matar puede realizarse de diferentes formas, ya sea directa o indirectamente.

Esclavitud. Se deroga el artículo 291 del CP, que, por un lado, sancionaba con una pena muy baja este tipo de injusto y, por otro, repetía en la definición de la conducta punible el propio *nomen juris*. Así, el tipo se encuadra en el marco del ECPI y las convenciones relevantes.

Delitos sexuales. Se reemplaza, siguiendo el modelo alemán, *esclavitud* por *coacción sexual*, entendiendo que el tipo de esclavitud podría también englobar una conducta que implicara coacción sexual y concordando con que el término *coacción* contribuye a precisar el término abierto residual del ECPI de “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.

Persecución. Se elimina el requerimiento de *gravedad* del ECPI respecto a la privación de derechos fundamentales y se complementa a la *privación* la posibilidad de que la conducta se realice a través de la *limitación*. En correlación con los Elementos de los Crímenes del ECPI, se establece la posibilidad de comisión del tipo respecto a una sola persona perteneciente al grupo o comunidad identificable. Asimismo, se elimina el requerimiento del ECPI de conexión de la conducta con cualquier otro delito para la realización del tipo.

Desaparición forzada de personas. El anteproyecto, teniendo en cuenta las críticas formuladas a este tipo penal en el ECPI, principalmente respecto al principio de inocencia y cuestiones inherentes a la autoinculpación, omite los elementos de la negativa a reconocer la privación de libertad y criminaliza sólo la omisión del autor a proporcionar información, que actúe por órdenes de un Estado u organización política o en contra de una obligación legal. De entre los modelos analizados que optaron por introducir modificaciones en la tipificación de este delito, el anteproyecto optó por seguir el modelo alemán. Es así que criminaliza la demora en la información y el suministro de información falsa.

Cabe mencionar que la tipificación de este delito tiene una doble importancia en el caso boliviano, toda vez que no sólo responde a la necesidad de implementación

del ECPI sino también a la obligación de tipificación inherente a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la que Bolivia es también Estado parte,⁶⁴ y a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trujillo Oroza c/ Bolivia*. Al respecto, corresponde precisar que, si bien los Estados parte de la Convención Interamericana están obligados a tipificar la desaparición forzada de personas, no existe obligación de hacerlo en los mismos términos y alcance de la Convención, cuya definición no difiere esencialmente de la adoptada por el ECPI.⁶⁵

Si bien la Ley de Resarcimiento a Víctimas de la Violencia Política⁶⁶ establece en sus disposiciones adicionales una definición de la desaparición forzada,⁶⁷ ha de entenderse que, por el objeto y alcance de la ley, ésta no puede constituir una tipificación, sino simplemente una definición a efectos de la aplicación de la mencionada ley.

Experimentos ilegales en seres humanos. Teniendo en cuenta que la conducta es tipificada como delito contra el derecho internacional humanitario, se considera pertinente su consideración también en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, y constituye agravante la comisión de la conducta como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Dicha extensión al ámbito de los delitos de lesa humanidad se efectúa al amparo y con el ánimo de precisar la cláusula residual con sentido analógico del artículo 7.1.k del ECPI, norma cuyo texto literal ha sido omitido en el anteproyecto, en atención al principio de legalidad.

Delitos contra el derecho internacional humanitario

La tipificación de estos delitos por el anteproyecto se aleja, al igual que en gran parte de la legislación comparada —el caso alemán es la principal fuente de inspiración para esta parte en particular—, del superado dualismo de categorización de los delitos contra el derecho internacional humanitario en razón del tipo de conflicto.

⁶⁴ Ratificada mediante ley n.º 1695, de 12 de julio de 1996.

⁶⁵ Sobre la similitud en la tipificación de ambas Convenciones, véase, Grammer, C., (2004), Adaptación del Derecho Penal Nacional con Motivo de la Implementación del Estatuto de Roma. Algunas Consideraciones acerca de la Desaparición Forzada, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II*, Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 816-817.

⁶⁶ Ley n.º 2640, de 11 de marzo de 2004.

⁶⁷ Disposición Primera.

De manera más funcional, la distinción empleada por el anteproyecto parte de las categorías de bienes jurídicamente protegidos.

Dicho tratamiento hace que ciertas conductas que conforme al planteamiento del ECPI sólo quedan sancionadas si se cometen en el marco del conflicto armado internacional, lo sean también en el caso del conflicto armado no internacional. En consecuencia, el alcance de los siguientes tipos queda ampliado con relación al dualismo mantenido por el ECPI: *abolición, suspensión de derechos y reclamaciones, uso indebido de signos protectores y distintivos y símbolos patrios, utilización de personas como escudos humanos, inanición de la población civil, ataques que causan daños civiles desproporcionados, armas prohibidas*. No obstante, la distinción entre el conflicto armado internacional y no internacional, que aún subyace respecto a determinadas conductas, ha sido mantenida en el tipo de *delitos propios del conflicto armado no internacional*.

Asimismo, y a efectos de certeza jurídica, para su aplicación el anteproyecto optó por establecer definiciones de conceptos básicos; es decir, las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional, incluido su marco temporal, así como de objetivo militar, bienes de carácter civil y personas protegidas.

Reconociendo que la descripción de delitos contra el derecho internacional humanitario en el ECPI no es exhaustiva respecto a los Estados parte y que, como ha sido ampliamente reconocido,⁶⁸ deja de lado otras violaciones graves, la ampliación de la tipificación de los delitos contra el derecho internacional humanitario a otras violaciones graves contempladas en los protocolos adicionales, tales como el retardo injustificado de prisioneros de guerra o civiles, la prohibición de imposición y amenaza de penas colectivas, la proscripción de la esclavitud y la trata de esclavos, se ha basado en la legislación comparada.

En cuanto a los tipos en particular, fuera de las consideraciones generales apuntadas, la exposición de motivos del anteproyecto resalta las siguientes:

Reclutamiento de menores. La prohibición del reclutamiento de menores de 15 años del artículo 8.2.b.xxvi del ECPI se tipifica de manera más estricta en mérito a la ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Arma-

⁶⁸ Cf. Anna Segall: "Punishment of war crimes at the national level: Obligations under International Humanitarian Law and the Complementarity Principle established by the International Criminal Court", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003, p. 259.

dos⁶⁹ y teniendo en cuenta que otros modelos de implementación adoptan la misma postura,⁷⁰ prohibiendo el reclutamiento o alistamiento de menores de 18 años, que, por otro lado, conforme al anteproyecto, no necesariamente deberá ser forzoso.

Ataque a personas que se encuentran fuera de combate. El anteproyecto recoge bajo este *nomen juris* el delito definido en el artículo 8.2.b.vi del ECPI. Siguiendo el modelo alemán, éste se refiere únicamente a heridas, toda vez que la conducta de matar a personas protegidas queda amparada, de un modo general, por el tipo de *atentados contra la vida, dignidad, libertad, integridad y seguridad*.

Experimentos ilegales en seres humanos. La tipificación de esta conducta se refiere solamente a *experimentos*, a fin de extender el ámbito de aplicación del tipo no sólo a los experimentos biológicos, científicos y médicos, sino a cualquier otro experimento que se desarrolle en seres humanos de manera ilegal.

Prohibición de imposición o amenaza de penas colectivas. Asimismo, ampliando el marco punitivo del ECPI, se ha incorporado esta prohibición, establecida tanto por el Protocolo adicional I (artículo 75.2.d y e) como por el Protocolo adicional II (artículo 4.2.b y h), y la proscripción de la esclavitud y la trata de esclavos, prohibida por el Protocolo adicional II (artículo 4.2.f), siguiendo en este caso la definición de *esclavitud* adoptada respecto a los delitos de lesa humanidad, en el tipo de *atentados contra la vida, dignidad, libertad, integridad y seguridad*.

Saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes. Siguiendo el modelo alemán, y en concordancia con el ECPI, el anteproyecto interpreta que la primera acción —saqueo— es siempre ilegal, en tanto que el carácter ilegal de las otras tres está delimitado por el marco de las necesidades militares.

Abolición, suspensión de derechos y reclamaciones. El anteproyecto da lugar a la posibilidad de que el tipo se cometa con una sola persona de la parte adversa que se viera privada a ejercer sus derechos a consecuencia de la acción del autor. Si bien el ECPI establece el tipo en función a la afectación de nacionales —en plural— y efectúa una relación con el tipo que sanciona la privación o negación del debido proceso en función a una o más personas y de los derechos

⁶⁹ Ratificado mediante ley n.º 2827, de 3 de septiembre de 2004.

⁷⁰ Cf. anteproyecto del Brasil de 2002, artículo 85.

individuales que reconoce el Convenio III de Ginebra⁷¹ y el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja del propio artículo 8.2.b.xiv del ECPI,⁷² se ha optado por ampliar el alcance del tipo a la comisión con relación a una o más personas.

Ataques contra población y objetos civiles. El anteproyecto incluye de manera expresa los bienes culturales, dado que Bolivia ha adherido recientemente a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954,⁷³ cuyo artículo 28 compromete a los Estados parte a adoptar sanciones penales. El anteproyecto precisa que la aplicación y la interpretación de dichos bienes se efectuarán de conformidad con la mencionada Convención.

Guerra sin cuartel. La formulación de esta conducta sigue también el modelo alemán, considerando que resulta una formulación que refleja más claramente los Elementos de los Crímenes del ECPI,⁷⁴ vale decir, los elementos de cierto poder de mando o control efectivo y de la realización del tipo a través de una orden o amenaza. Sin embargo, a fin de facilitar la comprensión de la conducta, se ha optado por describir en el tipo su significado y alcance, omitiendo la denominación técnica.

Ataques que causan daños civiles desproporcionados. El anteproyecto incluye los daños medioambientales tomando en cuenta que, tanto la Declaración de Río de 1992, en su principio 24, como la resolución de la Asamblea General 47/37 de 25 de noviembre de 1992, establecen que la destrucción o el daño del medioambiente no justificados por necesidades militares constituyen una violación al derecho internacional, sin efectuar distinciones en razón al tipo de conflicto.

Armas prohibidas. Para la aplicación e interpretación del tipo, el anteproyecto recurre a las convenciones vinculantes en la materia para el Estado boliviano⁷⁵

⁷¹ Cf. artículo 106.

⁷² Véase Knut Dörmann: *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and commentary*, ICRC, Cambridge University Press, 2003, p. 263.

⁷³ Ley n.º 2829 de 3 de septiembre de 2004.

⁷⁴ Artículo 8.2.b.xii de los Elementos de los Crímenes del ECPI.

⁷⁵ Convención sobre la Prohibición, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, de 1972, ratificada el 30 de octubre de 1975; Convención sobre la Prohibición, el Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 1993, ratificada el 14 de agosto de 1998.

y, a diferencia del ECPI, amplía el marco punitivo respecto a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, de 1997,⁷⁶ respondiendo a la obligación emergente del artículo 9 de dicha Convención, de adoptar todas las medidas legales, incluyendo las penales, para prevenir y reprimir las conductas prohibidas por la Convención, en particular el empleo de minas antipersonal en cualquier circunstancia (artículo 1.a), y en atención a que gran cantidad de Estados son al presente parte de ella. Asimismo, se incorporan las armas prohibidas por los protocolos I, II, III, y IV de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 1980, de los que Bolivia es también Estado parte.⁷⁷

Esta ampliación del ámbito de aplicación se extiende también al uso de armas nucleares. El anteproyecto reconoce que, si bien no existe al presente una prohibición universal en el derecho internacional convencional o consuetudinario sobre el uso de estas armas, la tipificación responde a la consideración de la importancia de manifestaciones unilaterales contundentes respecto a su ilegalidad y fines preventivos, más aún considerando que la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1996, sobre la “Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares”, consideró por unanimidad que los principios y reglas del derecho internacional humanitario se aplican al uso de armas nucleares y que su uso sería por lo general contrario a los principios y reglas del derecho internacional humanitario. Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que los principios de distinción y proporcionalidad y la prohibición de causar sufrimientos innecesarios se aplican al uso de estas armas, y que es difícil concebir situaciones en las cuales su uso resulte compatible con dichos principios y reglas, dadas las características únicas de estas armas; en particular, su poder destructivo, la imposibilidad de controlar sus efectos en tiempo y espacio, la extrema dificultad de brindar socorro a las víctimas, el riesgo de la proliferación de sus efectos, los peligros para el medio ambiente, etcétera.⁷⁸

⁷⁶ Ratificada el 9 de junio de 1998.

⁷⁷ Ratificados el 21 de septiembre de 2001.

⁷⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, Use of Nuclear, Biological or Chemical Weapons: Current International Law and Policy Statements, Ginebra, marzo de 2003, (ICRC – DC/JUR/MINA-DLY).

Delitos contra la administración de justicia de la CPI

El anteproyecto establece la relación entre la jurisdicción nacional y la de la CPI a efectos de la tipificación de estos delitos, la cual se basa en los tipos de *falso testimonio*, *soborno*, *cohecho pasivo del juez* y *cohecho pasivo propio*, del CP, y establece el carácter prescriptible de estas ofensas. Asimismo, se incorporan las conductas de *presentación de pruebas falsas o falsificadas*, *obstrucción de testigos* y *obstrucción y represalias de funcionarios de la CPI*. La tipificación en estos casos también denota una ampliación respecto a la formulación del ECPI.

2.2.8. Cooperación con la CPI

En mérito al estándar de *cooperación plena* que plantea el artículo 86 del ECPI, el anteproyecto formula dicho régimen, inspirado principalmente en las legislaciones peruana⁷⁹ y británica,⁸⁰ procurando facilitar, en cuanto sea posible, la cooperación con la CPI. Así por ejemplo, se establece una comunicación directa entre la CPI y los órganos competentes, omitiendo el requisito de corresponsalía a través de la Cancillería, tradicional en el régimen de la llamada *cooperación horizontal* o cooperación entre Estados,⁸¹ a fin de agilizar y simplificar el procedimiento.

Considerando que existe sólo una diferencia de carácter funcional⁸² entre la extradición (entrega de persona a otro Estado) y la entrega de personas a la CPI, resulta la Corte Suprema de Justicia el órgano idóneo para conocer de las solicitudes de cooperación relacionadas con la detención y entrega de personas, detención provisional, y de las solicitudes de asistencia judicial respecto a actos o diligencias procesales. De ordinario, ésta asume competencia en los casos de extradición y detención preventiva y provisional con fines de extradición, así como de exhortos vinculados a actos o diligencias procesales. Por su parte, se establece a la Fiscalía General de la Nación como órgano de enlace y responsable en todas las demás solicitudes de cooperación distintas de los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁹ Decreto legislativo n.º 957, de 29 de julio de 2004.

⁸⁰ Reino Unido, Ley de la Corte Penal Internacional de 2001.

⁸¹ Artículo 157 del CPP.

⁸² Véase Geert-Jan Alexander Kooops: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary practice and procedures*, Nueva York: Transnational Publishers, 2002, pp. 11-13.

Respecto a la salvaguarda que establece el artículo 72 del ECPI, ésta se ha recogido con un carácter excepcional a la obligación de cooperación plena, reemplazando el concepto de *seguridad nacional* por el de *defensa* o *seguridad democrática*, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional que ha reconocido el tránsito del clásico concepto de *seguridad nacional* al de *seguridad democrática*.⁸³

Siendo una lógica diferente la que rige la detención en el marco del ECPI, y teniendo presente la obligación de cooperación plena, se ha establecido un régimen distinto para el caso de la detención con fines de entrega a la CPI y, en su caso, de la detención provisional para el mismo fin, diferenciándola de los criterios rectores a aplicarse en el caso de detenciones en el ámbito del derecho interno y de la extradición y reconociendo el carácter vinculante que la orden de detención de la CPI tiene para el Estado de detención.

Teniendo en cuenta que, a diferencia de un proceso de extradición, en el procedimiento de entrega no compete al Poder Judicial analizar la procedencia o improcedencia en mérito a razones de fondo sino exclusivamente de forma, se establece un procedimiento más expedito y sencillo que el de la extradición. Así por ejemplo, se omite el requerimiento fiscal que no corresponde por lo antes indicado, estableciéndose sin embargo la obligación de comunicación a la Fiscalía General, de dar curso a la entrega y en otras situaciones en las que resulta conveniente y necesario a efectos de eventual coordinación posterior de acciones operativas.

En lo que respecta a la cooperación con el fiscal de la CPI, y viceversa, se ha establecido la posibilidad de suscripción de acuerdos de investigación, ampliándose así el ámbito de aplicación del artículo 148 del CPP.

Respecto a la cooperación en la ejecución de sentencias de la CPI, que a diferencia de los otros casos no constituye una obligación sino una posibilidad que toca particularmente a aquellos Estados que cuentan con adecuados o mínimos estándares internacionales en sus regímenes carcelarios, no sólo jurídicos sino fácticos, el anteproyecto contempla la salvaguarda para cuando eventualmente ello pueda ocurrir en el caso boliviano. En este sentido, el establece que, ante la eventualidad de que se haga posible la cooperación en este aspecto con la CPI, no se podrán ejecutar sentencias que impusieren penas mayores que la pena máxima del ordenamiento jurídico interno. De esta manera se evade cualquier viso de inconstitucionalidad.

⁸³ Véase la sentencia constitucional 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, III.1.1.

2.2.9. Influencia de la legislación comparada

Como puede advertirse, la elaboración del anteproyecto se ha basado en el análisis de las necesidades propias del ordenamiento jurídico interno, recogiendo las experiencias y modelos que presenta la legislación comparada en cuanto resulte compatible con éste. Los principales casos de implementación revisados para la elaboración del anteproyecto son:⁸⁴ la Ley de Introducción del Código Penal Internacional de Alemania, de 26 de junio de 2002; la ley n.º 589, de 6 de julio de 2000, de Colombia; el proyecto de Ley sobre Delitos contra la Humanidad, de 2002, del Ecuador; el anteproyecto de ley de Panamá; la Ley de modificaciones al Código Penal del Perú, n.º 26 926, de 21 de febrero de 1998; la Ley de la Corte Penal Internacional, de 2002, de Australia; el anteproyecto de ley del Brasil, de 2002; el proyecto de Ley sobre Crímenes de Competencia de la Corte Penal Internacional, de 2001, de Argentina; la Ley de Crímenes Internacionales, de 19 de junio de 2003, de los Países Bajos; la Ley de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, de 24 de junio de 2000, de Canadá; la Ley de la Corte Penal Internacional, de 2001, del Reino Unido, y el Código Procesal Penal del Perú, decreto legislativo n.º 957, de 29 de julio de 2004.⁸⁵

Sin embargo, como el mismo anteproyecto menciona en su exposición de motivos, las principales experiencias de implementación que han influido en él son la Ley de Introducción del Código Penal Internacional de Alemania, en lo referente a aspectos de complementariedad, y el Código Procesal Penal del Perú, en lo que concierne a cooperación. La justificación de la elección de estos modelos se plasma en la exposición de motivos y de manera más amplia en el análisis de respaldo del anteproyecto.⁸⁶

⁸⁴ Parte II del análisis de respaldo del anteproyecto, Proyecto Defensor del Pueblo-GTZ.

⁸⁵ La legislación y los proyectos de implementación pueden ser consultados en http://web.amnesty.org/pages/int_jus_icc_implementation.

⁸⁶ Partes I y II.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

Dada la importancia de la regulación de las bases jurisdiccionales de cara al principio de complementariedad, el anteproyecto incorpora de manera expresa los principios y criterios jurisdiccionales para su aplicación espacial. En virtud del carácter complementario que tiene el anteproyecto respecto al CP y de su ámbito de aplicación, se entiende que los principios jurisdiccionales que detalla el anteproyecto sólo rigen respecto a los delitos del derecho internacional tipificados en el anteproyecto. No obstante, en caso de que el anteproyecto se sancione como ley, y en virtud a ese carácter complementario, sería posible que en un futuro mediato ejerciera influencia ante una eventual reforma integral del CP.

Las bases jurisdiccionales que sienta el anteproyecto son básicamente las ya reconocidas por el ordenamiento penal⁸⁷ que resultan relevantes para la persecución de delitos del derecho internacional, con algunas modificaciones de carácter lingüístico. Vale decir, el principio de territorialidad en sus distintas connotaciones y el de nacionalidad o personalidad activa. Las modificaciones que introduce son el reconocimiento del principio de nacionalidad o personalidad pasiva, ausente en la legislación penal, y el reconocimiento de la jurisdicción universal con un alcance más amplio, que abarca el derecho internacional consuetudinario, a diferencia del tratamiento que le otorga la legislación penal actual, delimitándolo al ámbito convencional. El efecto de esta regulación, no limitada al ámbito convencional, reviste un carácter más simbólico, que da lugar al reconocimiento de que la obligación de persecución penal de los delitos del derecho internacional no sólo es convencional sino también consuetudinaria.

Por otro lado, la formulación del principio de jurisdicción universal en el anteproyecto, a diferencia de su formulación actual, restringida a la falta de conexión en virtud a la territorialidad, amplía su aplicación a la falta de cualquier conexión o relación, no sólo territorial. No obstante, y a fin de contribuir a una mejor comprensión y aplicación de este principio jurisdiccional, se establecen

⁸⁷ Sobre las reglas de aplicación espacial en el ordenamiento penal, véase *supra*, nota 3, pp. 94-95.

lineamientos que parten de la funcionalidad de este principio respecto a la lucha contra la impunidad de delitos del derecho internacional. En este sentido, se establece su relevancia en casos en que, por ejemplo, los Estados que guardan mayor relación con el hecho delictivo no quieren o no pueden investigar o procesar, y cuando la CPI no ejerce jurisdicción —por ejemplo, ante situaciones que no revistan la gravedad necesaria para su conocimiento o que fueran anteriores a la entrada en vigor del ECPI—. De esta manera, se reconoce implícitamente la prioridad jurisdiccional de la CPI respecto a situaciones que no guarden relación alguna con el Estado boliviano, mas reconociendo a la vez la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción universal.

En consecuencia, la formulación de las reglas de aplicación espacial de la ley penal en el anteproyecto responde a la necesidad de viabilizar la jurisdicción primaria que recae, conforme al modelo del ECPI, en el Estado boliviano en cuanto corresponda, aprovechando la oportunidad que la implementación brinda para consolidar el principio de universalidad y las facetas que éste adquiere en virtud de la entrada en vigor del ECPI. Asimismo, el anteproyecto incorpora de manera expresa el principio *aut dedere aut judicare*, que complementa y refuerza la interpretación y aplicación de las bases jurisdiccionales que establece.

4. Conclusiones

Una ley de implementación de carácter total parece ser la manera más práctica de encarar la implementación en el caso boliviano y estratégica a su vez, teniendo en cuenta que obligaciones emergentes del régimen de cooperación requieren de una pronta implementación. El carácter complementario que adopta el anteproyecto respecto a la legislación penal facilita la incorporación del derecho penal internacional con sus características particulares, sin tener que incurrir en mayores modificaciones del ordenamiento penal común, y conlleva la posibilidad de que, ante una eventual reforma integral de los códigos penales, dicho régimen pueda ser asimilado por ellos. Por otro lado, facilita que aspectos no normados expresamente por el anteproyecto tengan un marco de aplicación supletorio.

La postura del anteproyecto de asumir la implementación con deberes extremos de tipificación, en mérito al principio de complementariedad, hace que no se restrinja al marco del ECPI sino que más bien lo amplíe, por lo que ésta constituye una oportunidad de implementación de otros instrumentos internacionales vinculantes para el Estado boliviano.

Se espera que el anteproyecto propicie las bases para la correspondiente discusión y análisis tendiente a una pronta implementación. Por otro lado, la coyuntura de antesala a la asamblea constituyente hace que la implementación en el caso boliviano pueda realizarse de manera integral o ampliada, lo que la convierte en una oportunidad para reforzar desde el ámbito constitucional la implementación del ECPI.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, y Jan NEMITZ: "El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional", en *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, Ara, 2004.
- AMBOS, Kai: "La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional", en *Nuevo derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- AMBOS, Kai: "Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el derecho penal internacional", www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm, 2004.
- BASCUÑÁN, Antonio: "Derechos fundamentales y derecho penal", en Marcelo ALEGRE et al. (eds.): *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Del Puerto, 2003.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Use of nuclear, biological or chemical weapons: Current International Law and Policy Statements (ICRC-DC/JUR/MINA-DLY)*, Ginebra, 2003.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE BOLIVIA: *Propuesta de Reformas a la Constitución Política del Estado*, La Paz, 2003.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and commentary*, ICRC, Cambridge University Press, 2003.
- GRAMMER, Christoph: "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- KLEFFNER, Jan: "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, 1, 1, Oxford University Press, 2003.
- KNOOPS, Geert-Jan Alexander: *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary practice and procedures*, Nueva York: Transnational Publishers, 2002.
- ROBINSON, Daryl: "Implementing International Crimes in National Law: the Canadian Approach", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003.
- SANTALLA, Elizabeth: "Informe nacional - Bolivia", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- SEGALL, Anna: "Punishment of war crimes at the national level: Obligations under International Humanitarian Law and the Complementarity Principle established by the International Criminal Court", en Matthias NEUNER (ed.): *National Legislation Incorporating International Crimes*, Berlín: M. M., 2003.
- VERRI, Prieto: *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

Anexo legislativo

- 30/10/75: Decreto de ratificación de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción.
- 12/07/96: Ley n.º 1695 de ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- 20/03/98: Ley n.º 1831 de ratificación de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.
- 01/04/98: Ley n.º 1836 del Tribunal Constitucional.
- 15/06/98: Ley n.º 1870 de ratificación de la Convención sobre la Prohibición, el Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción.
- 19/07/98: Ley n.º 1008 del Régimen Especial de la Coca y Sustancias Controladas.
- 08/08/01: Ley n.º 2410 de Necesidad de Reformas a la CPE.
- 28/08/01: Ley n.º 2230 de adhesión de los Protocolos I, II y III y de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados.
- 24/05/02: Ley n.º 2398 de ratificación del ECPI.
- 13/03/03: Ley n.º 2445 de Juicio de Responsabilidades.
- 20/02/04: Ley n.º 2631 Reforma Constitucional.
- 11/03/04: Ley n.º 2640 de Resarcimiento a Víctimas de Violencia Política.
- 03/09/04: Ley n.º 2827 de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.
- 03/09/04: Ley n.º 2829 de adhesión a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.
- Legislación y proyectos de implementación del ECPI citados, en http://web.amnesty.org/pages/int_jus_icc_implementation.

Anexo de jurisprudencia

- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), IT-96-22-T, sentencia de 29/11/96: *The Prosecutor v. Erdemovic*.
- Tribunal Constitucional de Bolivia, resolución 0664/2004-R, de 06/05/04.

BRASIL

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,

COM A PARTICIPAÇÃO DE

Maria Thereza Rocha de Assis Moura , Gustavo Henrique Righi I. Badaró,
Marcos Alexandre Coelho Zilli, Carlos Eduardo Adriano Japiassu
e Cleunice Valentim Bastos Pitombo

I • Introdução

O Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002.¹ Antes mesmo da ratificação, o Ministério da Justiça nomeou um Grupo de Trabalho:² destinado a elaborar Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto, com proposta de tipificação dos delitos, de adaptação das normas processuais e de regulação das formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Ao final dos trabalhos, o Anteprojeto foi encaminhado para a Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República que, em 24 de maio de 2004, após estudos, sugeriu mudanças no texto.³ Por essa razão, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou novo Grupo de Trabalho para adequar o Anteprojeto de Lei às observações feitas pela Casa Civil, antes de encaminhá-lo ao Congresso Nacional.⁴ Os trabalhos ainda não foram concluídos.

¹ O Estatuto foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 112, e foi promulgado em 25 de setembro de 2002, pelo Decreto nº 4.388.

² O Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma foi composto pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (Coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena Steiner. V, a propósito, Portaria nº 1036 do Ministério da Justiça.

³ V. Nota SAJ nº 613/04 - DCF.

⁴ V. Portaria nº 58, de 10 de maio de 2004. O novo Grupo de Trabalho é composto pelos seguintes membros: Adriana Lorandi (Coordenadora), Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Carolina Yumi de Souza, Denise Figueiral, Eugênio José Guilherme de Aragão, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge e Tarciso Dal Maso Jardim.

Cabe esclarecer que o Brasil não firmou o acordo bilateral com os Estados Unidos, tendo subscrito, em 17 de maio de 2004, o acordo sobre privilégios e imunidades do Tribunal Penal Internacional, o qual ainda não foi ratificado.

II ● Obstáculos para a ratificação ou implementação

II.1. Considerações gerais

No Brasil, alguns aspectos têm sido apontados como obstáculos à implementação do Estatuto de Roma. Os argumentos, em geral, têm sido refutados, uma vez que não configuram obstáculos intransponíveis, como adiante se demonstrará. Em linhas gerais, relacionam-se com os seguintes pontos: (1) o princípio da legalidade; (2) a prisão perpétua; (3) as imunidades; (4) a entrega de nacionais; (5) a imprescritibilidade dos crimes punidos pelo Tribunal Penal Internacional. E da eventual aplicação do princípio da complementariedade; podem surgir, no futuro, duas dificuldades em relação ao nosso direito interno: (a) as exceções ao princípio do respeito à coisa julgada, previstas no artigo 20 do Estatuto, e (b) a impossibilidade de concessão de anistia (em decorrência do disposto no artigo 17 do Estatuto).

II.2. As soluções no plano constitucional

Embora tenham sido ventilados alguns possíveis óbices constitucionais para a ratificação do Estatuto de Roma, não foi necessária nenhuma reforma constitucional, nem para possibilitar a sua ratificação, nem posteriormente, antes da sua entrada em vigor. Aliás, naquela ocasião, tanto o Ministério da Justiça, como o Ministério das Relações Exteriores, embora houvessem apontado alguns pontos suscetíveis de eventuais discussões, consideraram o Estatuto plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

No dia 31 de dezembro de 2004, entretanto, foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que, entre inúmeras outras disposições,

acrescentou dois parágrafos ao artigo 5º da Constituição da República, que trata dos direitos e garantias fundamentais: o parágrafo 3º equipara os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, com determinado quorum, em cada Casa do Congresso Nacional, à emenda constitucional, enquanto que o parágrafo 4º estabelece que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.⁵

Os efeitos jurídicos dessas disposições constitucionais ainda estão sendo objeto de discussão doutrinária, havendo quem apregoe, inclusive, a inconstitucionalidade do parágrafo terceiro,⁶ justamente por limitar o regime até então vigente de inserção automática do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos ao rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República.⁷ De qualquer modo, reputamos que a questão não afeta a implementação do Estatuto no ordenamento interno.

Com efeito, não há como se reconhecer no Estatuto de Roma a proclamação de direitos inalienáveis ao homem e indispensáveis para o resguardo de sua dignidade, o que é ínsito à natureza de todo tratado de direitos humanos. O que ocorre é que, por intermédio da via punitiva, o Estatuto de Roma procura assegurar um estado de segurança e de paz internacionais. Não afirma, portanto, direitos, estabelecendo, isto sim, um sistema punitivo para a proteção de direitos já reconhecidos por outros tratados e pelos usos e costumes internacionais.

Verifica-se que o § 4º ao artigo 5º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, expressa, no plano do direito positivo, a tendência doutrinária, já delineada, de submissão do Estado brasileiro —e, portanto de seu ordenamento jurídico— ao regime jurídico do Tribunal Penal Internacional. Quanto aos processos de adesão e ratificação, por certo a reforma era dispensável, na medida em que configuram etapas já consolidadas. Já no que se refere à implementação, o dispositivo acena para uma

⁵ Esta é a redação dos parágrafos acrescidos ao artigo 5º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

⁶ É o que expôs Tarciso Dal Maso Jardim, no Seminário “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) e pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília, no dia 17 de maio de 2005.

⁷ Conforme previsto pelo parágrafo 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

maior segurança jurídica, sobretudo por representar uma espécie de endosso explícito do Estado Brasileiro, em nível constitucional e no plano dos direitos e garantias fundamentais, ao Estatuto de Roma.

Quanto à jurisprudência, não existem decisões, prévias ou sucessivas à assinatura e ratificação do Estatuto de Roma, que tenham analisado a sua compatibilidade com a ordem constitucional.

II.3. As soluções no plano legal: a implementação

Como já salientado, o Brasil ainda não implementou o Estatuto de Roma no direito interno, estando em elaboração um Anteprojeto de lei que tem por objetivo a sua implementação global e que não tomou como base específica as experiências de outros países. Ao invés de promover alterações no corpo do Código Penal, optou-se pela promulgação de lei especial, com disposições de cunho penal material e processual. Porém, para além da implementação do Estatuto de Roma, o Anteprojeto almeja o cumprimento, pelo Brasil, de antigos compromissos internacionais, no sentido de punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949. A principal finalidade do Anteprojeto é, pois, tornar possível o exercício primário da jurisdição pelo Estado Brasileiro, principalmente, através da criação de tipos penais e da cominação de penas para crimes que, embora contemplados no Estatuto de Roma, não são previstos no direito interno. O Anteprojeto também procura tornar viável o exercício da atividade cooperatória com o Tribunal Penal Internacional, mediante o estabelecimento dos necessários procedimentos e expedientes.

O Anteprojeto está dividido em sete títulos. O Título I trata dos princípios gerais aplicáveis aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Cada uma destas categorias é definida, respectivamente, nos Títulos II, III e IV. O Título V dispõe sobre os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional. A cooperação está prevista no Título VI, enquanto que as normas processuais estão contempladas no Título VII.

No que se refere às condutas penais, conquanto muitos dos novos tipos previstos no Anteprojeto se assemelhem a dispositivos já existentes na legislação penal comum e militar, destes se diferenciam na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização. O crime contra a humani-

dade de tortura (artículo 29),⁸ por exemplo, não se confunde com a figura prevista na Lei nº 9.455/97,⁹ pois um de seus elementos é o de que a conduta seja praticada “no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações” (artículo 22).¹⁰ De maneira semelhante, os crimes de guerra exigem o contexto de um conflito armado internacional (artículo 43)¹¹ ou não-internacional (artículo 44).¹²

Em geral, os princípios e regras da legislação penal e processual penal, comum e militar, são preservados, havendo disciplina específica, tanto para os casos em que o Estatuto de Roma dispõe de maneira diversa, como para manter coerência com o ordenamento jurídico nacional. Além disso, supera os possíveis obstáculos jurídicos, ao afirmar a primazia da jurisdição interna.

Como relação às sanções, o Anteprojeto não prevê a pena de prisão perpétua, nem a de morte. Nesse sentido, harmoniza-se com as disposições existentes na Constituição da República, que prevê a pena de morte somente em caso de guerra declarada.¹³ Além disso, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, todos os tipos penais cominam expressamente as penas mínimas e máximas, segundo a gravidade da conduta.

II.3.1. Princípio da legalidade

O Estatuto de Roma tratou da reserva legal, especificamente, nos seguintes dispositivos: artigo 22 (*nullum crimen sine lege*), artigo 23 (*nulla poena sine lege*) e artigo 24 (irretroatividade *ratione personae*), buscando, assim, abordar todas as suas quatro funções. Para muitos, no entanto, não o fez de maneira satisfatória, e isso por

⁸ Artigo 29 “Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental”.

⁹ Lei que define, no direito interno, os crimes de tortura e dá outras providências.

¹⁰ Artigo 22 “Consideram-se crimes contra a humanidade as condutas praticadas no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações”.

¹¹ O artigo 43 estabelece os casos em que se considera conflito armado internacional.

¹² O artigo 44 e seus parágrafos tratam do conflito armado não-internacional.

¹³ Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (...) inciso XLVII. “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”.

duas razões: i) por não limitar a tipificação das condutas penais às regras estabelecidas no Estatuto, e ii) por não prever a cominação de penas específicas para cada crime.

Com efeito, na esteira deste posicionamento, ao estabelecer, no artigo 22, que “Nada do disposto no presente artigo afetará a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional, independentemente deste Estatuto”; e ao deixar de conferir, no artigo 77, o padrão de certeza e de restrição de pena, o Estatuto de Roma teria criado, para o nosso direito interno, um modelo inconveniente, sobretudo por não complementar, satisfatoriamente, o requisito da cominação de pena, previsto no princípio da reserva legal. Isto acabou gerando a discussão acerca da sua constitucionalidade, já que o texto da Constituição da República define e contempla os princípios da legalidade¹⁴ e da individualização da pena,¹⁵ que teriam, assim, sido violados pelo Estatuto de Roma.¹⁶

Certo é, contudo, que o princípio da reserva legal no direito internacional apresenta peculiaridades, quando comparado com as esferas nacionais. Natural é, portanto, que a existência de um poder central dotado de mecanismos de coerção e de persecução se faça acompanhar de maiores garantias. É nesse nível que se coloca, aos Estados nacionais, a exigência de uma maior determinação dos tipos penais. Todavia, na arena internacional, a pulverização de forças torna frágil a implementação de um sistema punitivo. A exigência do mesmo grau de taxatividade, portanto, não levaria em consideração as especificidades e complexidades do direito penal internacional. Nesse particular, não há, pois, como se reconhecer inadequação entre o Estatuto de Roma e o regime de legalidade penal inserto na Constituição da República.

II.3.2. Prisão perpétua

De maneira geral, os dispositivos concernentes à disciplina das penas, no Estatuto de Roma, não geram maiores problemas quanto à sua compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro, mormente com o disposto na vigente Constituição

¹⁴ Artigo 5º, inciso XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁵ Artigo 5º, inciso XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; c) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

¹⁶ LUISI, Luiz. Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 369.

da República. Porém, a previsão de prisão perpétua tem gerado debates acalorados entre os autores nacionais.

A norma contida no artigo 77 (1) (a), que determina a possibilidade de encarceramento perpétuo, desde que justificado pela extrema gravidade do delito praticado e por circunstâncias individuais do condenado, que indiquem ser a medida a mais adequada, contrasta com o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, *b*, da Constituição da República,¹⁷ que expressamente proíbe penas de caráter perpétuo.

Especificamente com relação à previsão da pena de prisão perpétua, entendemos que não se deve adotar o princípio da prevalência dos tratados internacionais dos direitos humanos sobre as normas internas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

A propósito da natureza jurídica desses Tratados, Flávia Piovesan¹⁸ afirma que têm eles *status* de norma constitucional, pois, por força do artigo 5º, § 1º, ficou estabelecida a sua incorporação automática ao ordenamento jurídico pátrio. Cançado Trindade¹⁹ pensa da mesma maneira, ao escrever: “O disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”. Esse, porém, não é o ponto de vista dominante na jurisprudência brasileira. Celso de Albuquerque Mello,²⁰ a propósito, sustenta: “Na América Latina, continente explorado e, em conseqüência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há constituições melhores que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema. Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos. [...] Enfim, é tudo ao contrário do que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica”.

Se fosse adotado o entendimento pela prevalência dos tratados de direitos humanos, poder-se-ia sugerir que o Tratado de Roma, por se encaixar, tangencialmente,

¹⁷ Artigo 5º, inciso XLVII “Não haverá penas: ...b) de caráter perpétuo...”.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed., São Paulo: Max Limonddad, 1997, p. 111.

¹⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 407.

²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

nessa categoria, estaria incorporado, automaticamente à ordem jurídica interna. Tal posição, no entanto, não encontra sustentação no que tange à prisão perpétua, por ser a norma internacional evidentemente menos benéfica que a norma nacional. Não pode ter validade, portanto, a norma que menos protege os direitos humanos, superando a mais protetora. Com base nesse argumento, não há como adequar a Constituição da República às regras do Tribunal Penal Internacional.

O passo seguinte, então, é a análise da possibilidade de modificação da Constituição República, para compatibilizá-la com as normas do Estatuto.

No Brasil, o poder de reforma constitucional enfrenta limitações. O artigo 60, § 4º, da Constituição da República²¹ define que não será objeto de deliberação: i) a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; e iv) os direitos e garantias fundamentais.

Em geral, verifica-se a necessidade de alteração das normas sempre que elas não mais se justifiquem política, social ou juridicamente. O ordenamento jurídico, desta forma, pode ser revitalizado com a modificação ou eliminação das normas. Apesar disso, o constituinte originário reservou para si um núcleo imodificável. A proibição não se relaciona somente com emendas que expressamente declarem a supressão de normas relacionadas com o citado artigo 60, § 4º. Mais que isso, “a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente para a sua abolição”.²² Nesse sentido, a doutrina nacional tem se encaminhado.²³

Por considerar que não pode haver emenda constitucional para alterar o dispositivo que veda a admissão de penas de caráter perpétuo, há autores que sustentaram a impossibilidade de ratificação do Estatuto de Roma, pois faria ingressar no ordenamento jurídico brasileiro disposição incompatível com os seus fundamentos mais relevantes.

²¹ Artigo 60 “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta [...] § 4º Não será objeto de deliberação da proposta de emenda tendente a abolir: [...] inciso IV Os direitos e garantias individuais”.

²² SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 326; SOUZA, Nelson Oscar. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 118; CRETELLA JR., José. *Elementos de direito constitucional*, 2. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 178; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 38.

Durante o Seminário internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido, entre setembro e outubro de 1999, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, os três palestrantes que trataram da questão da prisão perpétua, Luiz Vicente Cernicchiaro,²⁴ Cezar Roberto Bitencourt²⁵ e Luiz Luisi,²⁶ foram unânimes em defender a inadequação entre o Estatuto de Roma e as normas constitucionais vigentes.

Sobre o tema, Cernicchiaro²⁷ sustentou: “Todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição”. Já Bitencourt²⁸ asseverou que tal sanção penal viola o princípio da humanidade e é vedada a sua instituição no Brasil, seja por meio de tratados internacionais ou por emendas constitucionais. Luisi,²⁹ de igual modo, assentou: “São, pois, insuperáveis as dificuldades que a infeliz previsão das penas perpétuas no Estatuto criou para a sua ratificação para muitos países, mormente porque inadmitida a ratificação sem reserva”.

De outro lado, há autores que tentaram e tentam justificar a possibilidade de compatibilização entre o ordenamento constitucional e o internacional no que se refere à pena perpétua. João Marcello de Araujo Junior³⁰ expôs posição defensiva, durante o “Segundo encontro de direito penal e processo penal da Universidade do Grande Rio ‘Professor José de Souza Herdy’”, realizado no teatro do Palácio Quitandinha, em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, no dia 2 de outubro de 1999. Afirmou que não havia por que se falar em alteração constitucional, pois o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição da República,³¹ em sua alínea *a*, admite a possibilida-

²⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 37/40.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 41/47.

²⁶ LUISI, Luiz Benito Viggiano. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 48/50.

²⁷ CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 45.

²⁹ LUISI, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ Posição também mencionada por FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999, p.105.

³¹ Artigo 5º, inciso XLVII “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”. O artigo 84, inciso XIX, tem a seguinte redação: “Compete privativamente ao Presidente da República: XIX. Declarar

de de pena de morte em caso de guerra declarada. E explicitou seu pensamento, asseverando que os crimes de competência do Tribunal —genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão— são característicos dos períodos de guerra ou de conflitos armados. Assim, quem pode o mais, pode o menos. Se a Constituição, em caso de guerra, admite a pena de morte, que é mais grave que a perpétua, esta seria perfeitamente admissível nos casos da prática de crimes característicos dos conflitos armados. Frisou, ainda, que embora a interpretação literal da Constituição da República não concedesse essa exceção à proibição de pena de caráter perpétuo, impor-se-ia a combinação do diploma internacional à ordem jurídica interna, única forma de permitir a efetivação de uma jurisdição penal internacional que protegerá os direitos humanos.

De toda sorte, este não parece ser o entendimento mais adequado. A Constituição da República se refere objetivamente à guerra declarada, não admitindo a interpretação constitucional que equipare situações assemelhadas às de guerra. As quatro Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário, por seu turno, estabeleceram, em seus artigos 2º, que somente se pode aludir à guerra se ela for declarada.³² Fora dela, deve haver, quando muito, referência à agressão.

Em que pesem as opiniões divergentes, entendemos que a posição adotada pelo Brasil foi a esposada por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros.³³ Afirma o autor que o Supremo Tribunal Federal tem, tradicionalmente, deferido pedidos de extradição, ainda que a pena imposta possa ser a perpétua, entendendo que a limitação constitucional somente diz respeito à esfera da lei penal interna, não podendo haver limitação que atinja o direito internacional decorrente de norma nacional. Dessa maneira, o conflito entre Estatuto de Roma e Constituição da República seria apenas “aparente, não só porque aquele visa reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas porque a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida ao legislador interno para os crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional”.³⁴ No mesmo sentido,

guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 113.

³³ MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 14/15.

³⁴ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 15.

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior,³⁵ além de Sylvia Helena F. Steiner,³⁶ sustentam que o texto da Constituição da República dá a exata dimensão do que o constituinte viu como exata retribuição aos crimes praticados, não se projetando para outros sistemas jurídicos aos quais o Brasil venha a se vincular, por força de documentos internacionais. Ressalta, entretanto, Sylvia Steiner que o Tribunal cuidará de crimes diversos dos previstos nas leis penais ordinárias e de danosidade que ultrapassa o território nacional, razão pela qual a vedação constitucional não poderia se estender aos crimes previstos para serem submetidos à jurisdição penal internacional.³⁷ Conclui, ainda, que não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição da República e o Estatuto de Roma, asseverando, ainda, que o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos no plano internacional e a pretensão de criar um Tribunal internacional de direitos humanos, expostos na Constituição da República, demonstram que não havia necessidade se ser feita qualquer alteração no texto constitucional para que o Brasil ratificasse o Estatuto de Roma.

Não se perca de vista, finalmente, o disposto no artigo 80 do Estatuto de Roma, no sentido de que as disposições relativas às penas não prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas ali referidas, o que mostra, também, a inexistência de incompatibilidade do Estatuto de Roma com o direito interno.

II. 3.3. Imunidades

Questão interessante surgiu em decorrência do que foi redigido no artigo 25 (3) (e), do Estatuto de Roma, com relação à instigação direta ou pública à prática do crime de genocídio. O artigo 27 afasta qualquer hipótese de imunidade decorrente de lei interna ou internacional,³⁸ não reconhecendo, portanto, a parlamentar e a

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 119.

³⁶ STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 38/40.

³⁷ STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. In: *Boletim do IBCCrim*. n. 83, São Paulo: IBCCrim, outubro/99, p. 12/13.

³⁸ Artigo 27: "1. O presente Estatuto será aplicável a todos por igual sem distinção alguma fundamentada em função oficial. Em particular, a função oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de um governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário de governo, não eximirá o indivíduo da responsabilidade penal, sob este Estatuto, nem deverá, *per se*, constituir motivo para redução da pena. 2. As imunidades ou normas especiais de procedimento vinculadas à função oficial do indivíduo, de acordo com o direito interno ou cm direito internacional, não obstarão o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre a mesma".

diplomática. Nomeadamente, há dúvida quanto à compatibilidade da primeira, sobretudo porque foi ela expressamente prevista pelo artigo 53 da Constituição da República.³⁹

A hipótese aqui discutida seria a do parlamentar que no uso da palavra em sua respectiva Casa Legislativa; viesse a pregar o genocídio. Conforme disposto na Constituição da República, o direito oferece, quanto aos privilégios funcionais, a imunidade necessária para assegurar a deputados e senadores que desempenhem a suas funções com independência e segurança.

Atualizando o que disse Hungria,⁴⁰ as imunidades parlamentares, segundo a lei brasileira, constituem, em parte, uma causa de exclusão do crime - imunidade absoluta - e, em parte, uma condição de não processabilidade, se houver intervenção da Casa Legislativa a que pertença o acusado - imunidade relativa. No dizer de Doti,⁴¹ ao se referir à imunidade absoluta, trata-se de hipótese de “prerrogativa funcional de exclusão da ilicitude”.

Assim, em tese, o parlamentar que viesse a incitar a prática de genocídio não poderia ser processado penalmente por tribunal brasileiro, visto que não praticaria qualquer crime, o que —argumenta-se— conflitaria com o disposto no Estatuto de Roma, na medida em que este diploma afasta qualquer hipótese de imunidade. É de se reconhecer, porém, que a incitação pública ao genocídio não se coaduna, de maneira alguma, com os fins informadores da imunidade parlamentar e, por essa razão, não poderia ser invocada. Certamente, não se protegerá a democracia ou o Estado democrático de direito permitindo que parlamentar venha a incitar a prática de genocídio.

Dessa maneira, não existe, em realidade, qualquer contradição entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República, quanto à questão da imunidade.

II.3.4. Entrega de nacionais

A Parte 9 do Estatuto, dos artigos 86 a 102, contém dispositivos referentes à cooperação internacional com o Tribunal. Ao lado dos mecanismos de admissibilidade, das definições dos tipos penais, dos procedimentos e do papel do Promotor, o

³⁹ Artigo 53: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (artigo com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 35/2001).

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 180/181.

⁴¹ DOTI, René Ariel. *Curso de direito penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 283.

sistema de cooperação é indispensável para a consecução dos objetivos da jurisdição penal internacional.

O artigo 89 (1) prevê uma das obrigações fundamentais, qual seja: a captura e entrega de indivíduos. Com relação a esta última, não existe, ao longo do Estatuto, qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Assim, um Estado Parte poderia ser obrigado a entregar indivíduo que tenha sua nacionalidade para que venha a ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional. Como consequência desta norma, surgiu a dúvida de se estaria havendo violação do disposto no artigo 5º, inciso LI, da Constituição da República,⁴² que impede a extradição de brasileiros. Se verdadeira a assertiva, esta poderia, por si só, implicar em vício insuperável que impedisse a ratificação, pelo Brasil, do Estatuto de Roma.

Os institutos da extradição e da entrega devem ser estudados para que essa dúvida possa ser dissipada.

Extradição, do latim *tradere*, é conceituado no artigo 102 (b) do Estatuto como “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”

A Constituição da República, como regra, não admite a extradição de brasileiros, sendo essa uma limitação *ratione personae*. Mas traz duas hipóteses de extradição de nacionais: i) de brasileiro naturalizado que pratique crime comum antes da naturalização; e ii) de brasileiro envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, deixando a lei transparecer, neste caso, a possibilidade de extradição de brasileiro nato. O Supremo Tribunal Federal ainda não solucionou tal questão. E, muito embora vários autores brasileiros sejam favoráveis à extradição de nacionais,⁴³ de maneira geral há uma preocupação quanto à confiabilidade dos Estados estrangeiros aos quais seriam entregues os brasileiros para julgamento ou cumprimento de pena.

Já, no que diz respeito à “entrega”, o Estatuto de Roma a conceitua, em seu artigo 102 (a), como sendo “a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. E, no artigo 89, dispõe que o Tribunal poderá pedir a prisão e a entrega de indivíduos a qualquer Estado em cujo território a pessoa puder se encontrar, bem como solicitar a cooperação desse Estado na prisão e entrega da pessoa em causa.

⁴² Artigo 5º, inciso LI: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na forma da lei”.

⁴³ Sobre o tema, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 953.

Se, porventura, a requisição de entrega se referir a nacional brasileiro, nos casos em que a lei não autorize a extradição, discute-se se haveria incongruência entre a norma interna e a internacional.

Ao tratar das diferenças entre extradição e entrega, Tarciso Dal Maso Jardim⁴⁴ afirmou que a previsão da entrega de nacionais, no Estatuto de Roma, não constituía impedimento para a sua ratificação pelo Brasil. E invocou, em prol de sua tese, três razões, a saber: “a) não se trata do antigo instituto da extradição, que se reporta a entrega de uma pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma jurisdição soberana a outra. Trata-se da entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir. A Constituição brasileira certamente não se refere a esse caso especial, por impossibilidade de lógica e de vaticínio; b) o parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/1988, afirma de forma categórica que os direitos e garantias previstos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do sistema ou do regime por ela adotados ou, ainda, provindos dos tratados em que o Brasil seja parte. O Tribunal Penal Internacional está sendo formado mediante um tratado, o que significa dar-lhe recepção constitucional. Sabemos, é verdade, que o Supremo Tribunal Federal nega arbitrariamente esse dispositivo constitucional, determinando que os tratados de direitos humanos ou humanitário não se diferenciam dos demais tratados e, portanto, possuem o mesmo *status* de lei federal, o que significa dizer que uma lei posterior dessa natureza pode derogar tratados ratificados anteriormente pelo Brasil. Entretanto, optamos pelo concebido na Constituição, não pelo imposto por interpretação; c) as disposições transitórias da CF/1988 propugnam a criação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, enquanto princípios constitucionais direcionam as relações internacionais brasileiras mediante a prevalência dos direitos humanos. Embora o Tribunal Penal não seja exclusivamente um Tribunal de direitos humanos, possui aspectos intrínsecos aos mesmos e, o que é importante, vai de encontro ao projeto constitucional brasileiro”.

O entendimento de que poderia haver incompatibilidade entre o artigo 5º, inciso LI, da Constituição da República, e o artigo 89 do Estatuto de Roma, por-

⁴⁴ Cf. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 31.

tanto, não se afigura o mais acertado. E isto porque a extradição se relaciona com a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, ao passo que a entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Intencional significa a entrega de indivíduo perante Tribunal Internacional de que o Brasil é membro, e não a Tribunal estrangeiro.⁴⁵

II.3.5. Imprescritibilidade dos crimes

Especificamente com relação à imprescritibilidade dos crimes previstos do Estatuto de Roma, o IBCCRIM já se posicionou no informe “O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas”.⁴⁶

“2. Da imprescritibilidade dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O Anteprojeto estabelece, em seu artigo 3º, que: “Artículo 3º. Os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto”. Tal dispositivo atende à exigência do artigo 29 do Estatuto de Roma, que estabelece que os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem.

Não há nenhum dispositivo expresso no ordenamento jurídico brasileiro que preveja uma regra absoluta de prescritibilidade das infrações penais.

Por outro lado, a própria Constituição proclama a imprescritibilidade do crime de prática de racismo, bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (artículo 5º, XLII e XLIV).

Contudo, a menção no texto constitucional de apenas dois casos de imprescritibilidade implicaria, implicitamente, a vedação ao legislador infraconstitucional de criar novas hipóteses de imprescritibilidade.⁴⁷

Entendemos não haver tal vedação. A alegação de inconstitucionalidade do Anteprojeto de lei, neste ponto, teria por fundamento a regra hermenêutica *inclusio unius alterius est exclusio*. Tal regra, contudo, quer do ponto de vista lógico, quer do

⁴⁵ No mesmo sentido: “The Court is not a ‘foreign’ jurisdiction in the sense that another State is, and not all the same considerations apply” BASSIOUNI, M. Cherif. *ICC Ratification and National Implementing Legislation*. In: *Nouvelles Études Pénales*. N. 13 *quarter*, Toulouse: Érès, 1999, p. 87.

⁴⁶ Publicação da Fundação Konrad Adenauer, 2005, no prelo.

⁴⁷ TRIPPO, Maria Regina. *Prescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 94; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal - prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000, p. 173.

ponto de vista jurídico, não merece uma acolhida integral e incondicional. Com efeito, quando o legislador mencionar uma ou duas hipóteses, não se pode deduzir, necessária e automaticamente, a exclusão de todas as outras. Até mesmo porque, no caso brasileiro, não há previsão explícita de uma regra geral de prescritibilidade dos delitos. Há, apenas e tão-somente, a previsão de duas categorias de crimes que são imprescritíveis.

No direito internacional há forte posicionamento no sentido da imprescritibilidade do delito de genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra de maior gravidade.

A ONU, através da Resolução n. 2.391, de 26 de novembro de 1968, adotou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.⁴⁸

É verdade, contudo, que o Brasil não ratificou tal convenção. Todavia, a não adesão a tal documento internacional não foi determinada pela imprescritibilidade em si de tais crimes, mas pela previsão de que a imprescritibilidade seria aplicada retroativamente (artículo 1º).

Aliás, no direito comparado há inúmeros exemplos de imprescritibilidade de delitos nesta mesma linha, podendo ser citados, entre os países da América Latina: a Constituição da Nação Argentina, de 1994, em seu artigo 36 prevê a imprescritibilidade da ação penal referente aos atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático; a Constituição da República do Paraguai, de 1992, no artigo 5º, dispõe que o genocídio, a tortura e o desaparecimento de pessoas, o seqüestro e o homicídio por razões políticas são imprescritíveis, dispositivo este que é reafirmado pelo artigo 102, § 3º, do Código Penal de 1997; a Constituição da Venezuela, de 1999, em seu artigo 29, prevê a imprescritibilidade das ações referentes aos delitos de lesa-humanidade, às violações graves de direitos humanos e aos crimes de guerra”.

Em suma, o fato de o Estatuto de Roma estabelecer a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes e guerra, isso não representa óbice para a sua ratificação ou implementação.

⁴⁸ A convenção entrou em vigor em 11 de novembro de 1970, noventa dias após a décima adesão. Para a delimitação dos delitos imprescritíveis, o texto remete aos crimes tratados pelo Estatuto de Nuremberg e, indo mais além, com relação aos crimes de guerra, refere-se à Convenção de Genebra de 1949, realçando as infrações graves. Nos crimes contra a humanidade, abarca os delitos cometidos tanto em tempo de guerra, quanto em tempo de paz.

II.3.6. Questões decorrentes da aplicação do princípio da complementariedade

Além dos óbices à implementação do Estatuto de Roma, acima mencionados, há, ainda, algumas dificuldades que poderão surgir em razão do exercício do princípio da complementariedade. Não se trata de dificuldades que decorreriam diretamente da sua implementação, mas que poderão surgir caso o Tribunal Penal Internacional pretenda instaurar um processo; relativo a crime que já tenha sido objeto de julgamento pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Mais especificamente, o primeiro problema poderá surgir com o afastamento da garantia da coisa julgada, nas hipóteses de simulacro de processo; o segundo problema poderá ocorrer caso tenha sido concedida anistia pela lei nacional e, conseqüentemente, tenha sido julgada extinta a punibilidade, mas o Tribunal Penal Internacional resolva julgar o caso.

II.3.6.1. Coisa julgada

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, prevê, entre os direitos e garantias individuais, a garantia da coisa julgada.⁴⁹ Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8, n. 4, prevê, entre as garantias processuais mínimas, a de que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Finalmente, o Código de Processo Penal prevê a exceção de coisa julgada (artículo 110, § 2º).⁵⁰

Em suma, tanto no nível constitucional, quando na legislação ordinária, a garantia da coisa julgada encontra-se assegurada na persecução penal brasileira.

Formada a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes: é o que se denomina *função negativa da coisa julgada*.⁵¹ Trata-se, pois, da garantia do *ne bis in idem*. Assim,

⁴⁹ Artigo 5º, inciso XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵⁰ Artigo 110, § 2º: “A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto de sentença”.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978, p. 14.

se o acusado for absolvido por sentença penal transitada em julgado, a matéria não poderá voltar a ser rediscutida em outro processo. O mesmo se diga em relação às sentenças que declaram extinta a punibilidade. Neste caso, não seria cabível nem mesmo a revisão criminal, posto que não se admite a rescisão do julgado penal *pro societate*. Trata-se, pois, do que se denomina “coisa soberanamente julgada”.

Somente no caso de sentença penal condenatória é que seria possível afastar-se a coisa julgada, mediante revisão criminal, desde que estivesse presente uma das hipóteses que autorizam a interposição de tal ação autônoma para a impugnação das sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.⁵²

O Estatuto de Roma também prevê, como regra geral, a coisa julgada como garantia do *ne bis in idem*, em seu artigo 20.⁵³ Todavia, prevê uma hipótese em que fica afastada a vedação do segundo processo, com fundamento em coisa julgada anterior (artículo 20.3).⁵⁴

As exceções previstas nas letras “a” e “b” do artigo 21 (3) tratam de hipóteses de simulacros de processos, em que a real intenção não é a realização de julgamento justo e imparcial, mas apenas permitir o exercício primário da jurisdição nacional, para beneficiar o acusado e afastar a atuação do Tribunal Penal Internacional.

De qualquer forma, como no plano interno do direito brasileiro a garantia da coisa julgada não encontra exceções, há de se indagar sobre a compatibilidade de tal norma como a Constituição da República e como o ordenamento interno brasileiro. Repita-se: não se trata de problema de implementação em si, mas de uma possível dificuldade que poderá surgir em função da atuação do princípio da complementariedade.

Uma primeira possibilidade para se afastar esse óbice decorrente da flexibilização da coisa julgada seria considerar que, do ponto de vista do direito interno, não se estaria diante de uma situação em que seria cabível a “exceção de coisa julgada”,

⁵² O artigo 621 do Código de Processo Penal estabelece: “A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

⁵³ “Artículo 20 - 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, ninguém será julgado pelo Tribunal por condutas constitutivas de crimes pelos quais já tenha sido julgado ou absolvido pelo próprio Tribunal”.

⁵⁴ “3. Ninguém que já tenha sido julgado por outro tribunal por uma conduta igualmente prevista nos artigos 6º, 7º ou 8º, será julgado pelo Tribunal pela mesma conduta, a menos que os procedimentos no outro tribunal: a) tenham obedecido ao propósito de subtrair ao acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal; ou b) não tenham sido conduzidos de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, mas de tal forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça”.

posto que não haveria identidade de demandas; ou seja, o processo que se desenvolveu perante a justiça nacional não seria igual ao outro processo que se pretende instaurar perante o Tribunal Penal Internacional.

Embora a tese seja sedutora e capaz de resolver com simplicidade o problema, entendemos que tal resposta não é satisfatória para a questão.

A análise dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada pressupõe a delimitação do objeto do processo. Em regra, dois processos são iguais se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. É a teoria dos três *eadem: personae, res et causa petendi* (artículo 301, § 2º, do Código de Processo Civil).⁵⁵ No processo penal, contudo, com relação à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou acusador privado, bastando a identidade de acusado. De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando a sua qualificação jurídica. Por fim, com relação ao pedido, como ele é sempre genérico —de condenação do acusado às penas previstas em lei— tal dado não tem maior relevância. Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e em ambas for imputado o mesmo fato naturalístico.⁵⁶

Assim, é possível afirmar que, para fins de identidade de demandas no processo penal, um processo movido pelo Ministério Público, ou mesmo pelo acusador particular, por um determinado crime, será igual a um outro processo movido pelo Ministério Público do Tribunal Penal Internacional, pelo mesmo fato, contra o mesmo acusado.

Parece-nos, contudo, que o problema não é insolúvel.

A coisa julgada está diretamente ligada ao exercício da atividade jurisdicional, como atributo da sentença de mérito. Por outro lado, somente é legítimo o processo e a sentença que tenham sido proferidas segundo o devido processo legal, o que inclui

⁵⁵ Os § 1º e 2º, do artigo 301 do Código de Processo Civil dispõem: § 1º “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”. 2º “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

⁵⁶ Cf.: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. II, n. 259; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2, cap. 31, n. 37; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 72; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 279. Na jurisprudência: STF, HC n. 77.909. Há, todavia, corrente mais restritiva, que exige a tripla identidade, para que se considerem duas demandas como iguais: BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 207; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

ter sido o julgamento realizado por um juiz natural. O juiz natural é, por natureza, um juiz imparcial, o que para muitos chega mesmo a ser um atributo essencial para a própria existência do processo e, conseqüentemente, da coisa julgada.

Nesse contexto, é legítimo afirmar que, nos casos em que se tenha um simulacro de processo —instaurado justamente para se assegurar a impunidade ou uma punição leve para quem mereceria uma punição severa— não há que se falar em juiz natural, devido processo legal e, muito menos, coisa julgada.

Nesses casos, desde que devidamente comprovado que se tratou de um processo de “faz de conta”, não há coisa julgada a ser preservada e, portanto, a instauração de processo perante o Tribunal Penal Internacional não estará violando a garantia da coisa julgada, que deveria ter-se formado no primeiro processo, até mesmo porque não houve processo e coisa julgada válidas.

Embora se referindo ao processo instaurado perante juiz inconstitucionalmente incompetente, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem:⁵⁷ “Em se tratando de *sentença inexistente* (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o artigo 5, LIII, da CF), esta simplesmente não transita em julgado, sendo nenhuma a sua eficácia”.

Cabe lembrar que, em situação nas quais o processo se desenvolveu perante autoridade judiciária constitucionalmente incompetente, a jurisprudência tem entendido que não há óbice para a instauração do segundo processo, perante o juiz constitucionalmente competente, posto que coisa julgada do primeiro processo não teria validade.⁵⁸

Em suma, o problema não parece insuperável, vez que o claro propósito de subtrair o acusado de julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente.

II.3.6.2. Anistia

Com a previsão do princípio da complementaridade, pelo qual o Tribunal Penal Internacional somente poderá processar e julgar, caso o Tribunal Nacional não

⁵⁷ *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 49. Os citados autores, contudo, entendem que, mesmo em tal caso, diante dos princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*, “o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”.

⁵⁸ Nesse sentido, TJSP, RT 521/377. Em sentido contrário, vedando o segundo processo, mesmo no caso em que a coisa julgada tenha se formado em processo instituído perante órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente: TJSP, RT 207/318, TACrimSP e JTACrim 24/48.

tenha vontade ou capacidade de fazê-lo, ou se o julgamento for fraudulento, surgiram dúvidas quanto à questão decorrente da anistia.

O problema poderá ocorrer porque o Estatuto de Roma, no que diz respeito à submissão do caso ao Tribunal, não excepciona hipóteses bastante conhecidas, como os processos de anistia e as Comissões da Verdade (*Truth Comissions*), surgidos após grande conflagração interna. Nesses casos - como, aliás, aconteceu no Brasil em fins da década de 70, em decorrência da ditadura militar -, embora haja previsão legal de punição penal das condutas praticadas, o Estado, por decisão própria, decide por extinguir a punibilidade.

Os instrumentos acima mencionados têm sido utilizados para permitir acordos nacionais, que venham a possibilitar uma redução de tensões e a passagem para modelos político-jurídicos mais democráticos. O Estatuto de Roma, entretanto, não os reconhece e, pelo princípio da complementariedade, poderá haver a intervenção do Tribunal Penal Internacional, mesmo nessas hipóteses de consenso nacional, o que, talvez, possa até mesmo aumentar as tensões e não resolver satisfatoriamente as questões postas de violações de direitos humanos.

III ● Implementação e regras de aplicação espacial da lei penal

III.1. Aplicação da lei penal

III.1.1. Considerações introdutórias: Crimes militares e não-militares

No sistema penal brasileiro, os crimes militares possuem uma regulamentação material e processual específica.⁵⁹ Subdividem-se em crimes militares em tempo de

⁵⁹ Respectivamente, o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69) e o Código de Processo Penal Militar. Os demais crimes estão tipificados na Parte Especial do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40) e em inúmeras leis especiais.

paz⁶⁰ e em tempo de guerra.⁶¹ Mas a par desta distinção decorrente da lei, pode-se falar ainda, em crimes militares próprios —previstos no Código Penal Militar— e os impróprios, assim considerados em razão das normas de extensão previstas no artigo 9º e 10, III. São aqueles cuja definição típica é dada pela lei penal comum, entretanto, cometidos em circunstâncias ou em condições que os qualificam como militares.

III.1.2. *Legislação penal comum: panorama atual*

No que se refere à aplicação espacial da lei penal, vige o princípio da territorialidade —artículo 5º, *caput* do Código Penal.⁶² Ou seja: via de regra, a lei penal brasileira é aplicada em todo o território nacional,⁶³ independentemente da nacionalidade

⁶⁰ Os crimes em tempo de paz acham-se disciplinados no Código Penal Militar, no artigo 9º, da seguinte forma: “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formação, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogado pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996. III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formação, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”.

⁶¹ Os Crimes militares em tempo de guerra acham no artigo 10, do Código Penal Militar: “Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra: I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra; II - os crimes militares previstos para o tempo de paz; III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente: a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado; b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo; IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado”.

⁶² Artigo 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. É importante observar estar o Código Penal Brasileiro dividido em duas partes. A primeira, denominada Parte Geral, é resultante da Lei nº 7.209/84. A segunda, referida como Parte Especial, onde estão definidos os crimes e estabelecidas as sanções penais correspondentes, com algumas alterações, é decorrente do Decreto-lei nº 2.848/40.

⁶³ A expressão território é empregada em seu sentido jurídico. Compreende, assim, todo o espaço —terrestre, aéreo, fluvial e marítimo onde o Estado Brasileiro exerça a sua soberania. O § 1º do artigo 5º do Código Penal, prevê como extensão do território nacional, para os fins penais, as embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública, ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, assim como aquelas mercantes ou de propriedade privada que se encontrarem em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente ao alto-mar.

do autor ou da vítima. Não se trata, é bom frisar, de regra de contornos absolutos. Com efeito, a própria lei prevê situações excepcionais que melhor qualificariam o princípio como o da territorialidade temperada.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 5º do Código Penal estabelece a primazia das convenções, dos tratados e das regras do direito internacional quando da aplicação da lei penal brasileira. São as hipóteses de crimes cometidos por representantes diplomáticos e chefes de Estado estrangeiros, que adstritos estão à legislação do país de origem, ainda que a conduta tenha sido cometida no âmbito do território nacional.

Mas não é só. De fato, não podem ser esquecidas as hipóteses de extraterritorialidade da lei penal brasileira, que são informadas por outros princípios como os da defesa, da nacionalidade, da justiça universal e da representação. A questão é tratada pelo artigo 7º do Código Penal,⁶⁴ que prevê duas modalidades de extraterritorialidade: a incondicionada e a condicionada.

A lei penal brasileira será aplicada, independentemente de qualquer condição ou requisito, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro,⁶⁵ quando o crime lá ocorrido tiver sido cometido contra a vida ou a liberdade do Presidente da República —artículo 7º, inciso I, “a” do Código Penal—; contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público —artículo 7º, inciso I, “b” do Código Penal—; contra a administração pública, por quem está a seu serviço —artículo 7º, inciso I “c”, do Código Penal. Tais hipóteses são regidas pelo princípio da defesa.

⁶⁴ Artigo 7º: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II - os crimes: a) que por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. § 1º. Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º. A lei brasileira aplica-se ao crime cometido por estrangeiro, contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

⁶⁵ Faz jus o agente, todavia, a uma redução de pena, acaso venha também aqui ser condenado, conforme disposto no artigo 8º do Código Penal: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

A prática de crime de genocídio⁶⁶ por agente brasileiro, ou estrangeiro domiciliado no Brasil, também é hipótese de extraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira —artículo 7º, inciso I, “d” do Código Penal. Mas aqui a influência é do princípio da justiça universal, que, entretanto, não pode ser considerado absoluto, justamente pela exigência de convergência de aspectos pessoais por parte do agente. Fala-se, assim, em justiça universal mitigada.

Já as hipóteses de extraterritorialidade condicionada estão tratadas no inciso II do artigo 7º do Código Penal. Nestas situações, a lei penal brasileira poderá ser aplicada, para o crime cometido no estrangeiro, desde que satisfeitas determinadas condições.

Dentre as várias hipóteses, destacamos a possibilidade de aplicação da lei brasileira aos crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil tenha se obrigado a reprimir —artículo 7º, inciso II, “a” do Código Penal.⁶⁷ Aqui, diferentemente do genocídio, não se exige que seja o agente brasileiro ou estrangeiro domiciliado no Brasil. Mas embora decorra da adoção do princípio da justiça universal, ainda se faz necessária a convergência de condições objetivas, quais sejam: que o agente ingresse no território nacional; que o crime seja também punível no país em que foi praticado e que esteja incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira admita a extradição, e que o agente não tenha sido absolvido no estrangeiro, perdoado, ou sido extinta a punibilidade, conforme a lei mais favorável, ou mesmo lá cumprido a pena.⁶⁸

No que se refere ao crime de tortura, objeto de tipificação por lei específica,⁶⁹ há disposição prevendo a aplicação da lei brasileira, para conduta praticada no estrangeiro, desde que a vítima seja brasileira —nacionalidade passiva— ou que o agente se encontre em território nacional.⁷⁰

⁶⁶ O crime é tratado pela Lei nº 2899/56. São puníveis as seguintes condutas: “Artículo 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.” Já o artigo 2º prevê como punível a associação de mais de três pessoas para a prática das condutas previstas no artigo anterior. A incitação também é prevista como conduta punível no artigo 3º.

⁶⁷ São mencionados como exemplo, o crime de tráfico de entorpecentes prevista na Convenção de Viena de 20.12.88 e de menores na Convenção da Cidade do México, de 18.3.94.

⁶⁸ Artigo 7º §. 2º, “a”, “b”, “c”, “d” e “e” do Código Penal.

⁶⁹ Definido pela Lei nº 9.455/97, nos seguintes termos: “Artículo 1º. Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”.

⁷⁰ Artigo 2º da Lei nº 9.455/97: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob a jurisdição brasileira”.

Há que se ressaltar, por fim, a questão relativa à definição de lugar do crime que, embora não diretamente vinculado ao tema de aplicação espacial da lei penal, com ele está intimamente relacionado. Nesse sentido, a legislação brasileira adotou o princípio da ubiqüidade. Ou seja, lugar do crime é tanto aquele em que tenha ocorrido, no todo ou em parte, a ação ou omissão, bem como aquele onde se produziu, ou deveria ter sido produzido o resultado.⁷¹ O dispositivo em tela acaba por resolver a problemática dos crimes a distância, em que a conduta tenha sido iniciada em um país e o resultado cometido em outro. Basta, portanto, que a execução —ou parte desta—, ou ainda que apenas o resultado tenha se verificado no território nacional para que se considere o Brasil como o local do crime, incidindo, por via de consequência, a regra do artigo 5º *caput* do Código Penal - territorialidade.

III.1.3. Legislação penal militar: panorama atual

O princípio da territorialidade, na legislação militar, está disciplinado no artigo 7º, do Código Penal Militar.⁷² Aqui vige, como regra, o princípio da territorialidade da lei penal militar, ressalvadas as disposições constantes em convenções e tratados internacionais, assim como das regras de direito internacional. Aliás, a referida lei penal será aplicada, quer o crime tenha sido praticado no todo, quer em parte no Brasil.

A extraterritorialidade, porém, possui contornos mais amplos, se comparada com a legislação penal comum. De fato, a lei penal militar será aplicada, ainda que o agente esteja sendo processado ou já tenha sido julgado pela justiça estrangeira. A pena cumprida no estrangeiro poderá, entretanto, atenuar a pena imposta no Brasil.⁷³

⁷¹ Artigo 6º, do Código Penal.

⁷² A territorialidade e a extraterritorialidade estão, assim, dispostas: "Artículo 7º Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira"; A lei define abrangência do território nacional por extensão a ampliação para aeronaves e navios estrangeiros: "§ 1º Para os efeitos da lei penal militar consideram-se como extensão do território nacional as aeronaves e os navios brasileiros, onde quer que se encontrem, sob comando militar ou militarmente utilizados ou ocupados por ordem legal de autoridade competente, ainda que de propriedade privada. § 2º É também aplicável a lei penal militar ao crime praticado a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros, desde que em lugar sujeito à administração militar, e o crime atente contra as instituições militares".

⁷³ O artigo 8º, do Código Penal Militar dispõe: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

III.1.4 Anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma

Como já salientado, encontra-se em fase de elaboração por Comissão, instituída pelo Poder Executivo, um Anteprojeto de lei com a finalidade de definir o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, de guerra e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo, outrossim, sobre a cooperação judiciária com aquela corte.

No que se refere à aplicação de seus dispositivos, a proposta mantém a tradição jurídica brasileira da territorialidade. Prevê, contudo, a extraterritorialidade acaso o agente seja nacional, ou, se estrangeiro ou apátrida,⁷⁴ venha a ingressar em território sob a jurisdição brasileira.⁷⁵ No que se refere à definição de lugar do crime, dispositivo de suma importância para delimitação dos parâmetros de territorialidade ou de extraterritorialidade, o anteprojeto manteve a tradição de incorporação do princípio da ubiqüidade. Ou seja, lugar do crime é tanto aquele em que ocorrer a ação ou a omissão, no todo ou em parte, quanto aquele onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.⁷⁶

III. 2. Competência

III.2.1. Breves considerações sobre a estrutura judiciária brasileira

No sistema jurídico brasileiro, a delimitação da competência dos vários órgãos jurisdicionais é realizada em vários planos. Em nível constitucional; são fixadas as diretrizes principais, dentre as quais merece destaque, para os fins do presente trabalho, a divisão entre Justiça especial e comum.

⁷⁴ Há nítida inovação na inclusão da figura do apátrida, o que bem reflete uma maior conscientização do legislador frente a situações jurídicas peculiares do direito internacional, notadamente daqueles desprovidos de nacionalidade.

⁷⁵ É o que se depreende da redação do artigo 4º: "Aplica-se esta lei aos crimes cometidos em território nacional ou embora cometidos no estrangeiro, se o agente é brasileiro ou, sendo de outra nacionalidade ou apátrida, ingressa em território sob a jurisdição brasileira."

⁷⁶ Conforme redação do § 3º do artigo 4º. No Código Penal a matéria esta disciplinada no art 6º: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". No Código Penal Militar há semelhante disposição no artigo 6º: "Considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nos crimes omissivos, o fato considera-se praticado no lugar em que deveria realizar-se a ação omitida."

A primeira engloba a Justiça do Trabalho —desprovida de competência criminal—;⁷⁷ a Justiça Eleitoral —competente, em síntese, para o julgamento dos crimes eleitorais e conexos—;⁷⁸ e a Justiça Militar —competente para o julgamento dos crimes militares definidos em lei.⁷⁹ A Justiça comum, também referida por ordinária, compreende, por sua vez, a Federal —com competência para julgamento das causas que, em suma, envolvam interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal—⁸⁰ e a Estadual, de competência residual.⁸¹

É importante esclarecer, por fim, ter a Constituição da República permitido aos Estados a criação da Justiça Militar Estadual,⁸² competente para processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei.⁸³

III.2.2. Recentes alterações: reforma constitucional

Embora não vinculada ao processo de implementação interna do Estatuto de Roma, a Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, ao dispor sobre a reforma do Poder Judiciário; acabou introduzindo aspectos relevantes para o Direito Penal Internacional.

⁷⁷ Conforme artigos 111 a 117 da Constituição da República.

⁷⁸ Conforme artigos 118 a 121 da Constituição da República.

⁷⁹ Artigo 124, caput da Constituição da República: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.” O artigo 125, por sua vez, teve a sua redação recentemente alterada por força da Emenda Constitucional nº 45 que tratou da reforma do judiciário. Merece destaque o § 4º que tratou de competência da Justiça Militar Estadual: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima foi civil”.

⁸⁰ A questão vem regulada pelo artigo 109 da Constituição da República, da qual destacamos, no âmbito criminal: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

⁸¹ Regulada pelos artigos 125 a 126 da Constituição da República.

⁸² Conforme estabelecido pelo artigo 125, § 3º: “A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes”.

⁸³ Ver artigo 124 da Constituição da República.

Além do reconhecimento expresso da jurisdição do Tribunal Penal Internacional,⁸⁴ a reforma abriu espaço para o reconhecimento da competência da Justiça federal para o processamento e julgamento de todas as causas que envolverem direitos humanos —critério de competência material.⁸⁵ E nessa mesma esteira, restou estabelecida, ainda, a possibilidade do Procurador-Geral da República⁸⁶ suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça,⁸⁷ incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal de inquérito ou processo, na hipótese de grave violação de direitos humanos e sempre com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.⁸⁸

III.2.3. Anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma

A par dos aspectos relativos à aplicação da lei penal,⁸⁹ o anteprojeto reforçou a competência da Justiça Federal Comum e Militar da União para processamento e julgamento dos crimes por ela definidos —genocídio, contra a humanidade, de guerra e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional.⁹⁰

⁸⁴ Ver nota 5, supra.

⁸⁵ É o que dispõe o artigo 109, inciso VI da Constituição da República.

⁸⁶ Chefe do Ministério Público Federal.

⁸⁷ Trata-se de tribunal superior na estrutura da organização judiciária brasileira cuja competência está voltada à uniformização de interpretação da lei federal.

⁸⁸ Artigo 109, § 5º: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

⁸⁹ Tratados no item III.1 supra.

⁹⁰ É o que dispõe o artigo 16: “Os crimes previstos nesta lei atentam contra interesses da União, sendo da competência da Justiça Federal ou da Justiça Militar da União”.

IV • Conclusões

Embora o Brasil tenha ratificado o Estatuto de Roma há três anos, ainda enfrenta problemas para a sua implementação. A despeito das questões jurídicas apontadas, as dificuldades principais parecem ser de índole político-cultural.

Por suas características culturais, geográficas e históricas, o Brasil nunca deu grande importância a questões referentes ao direito penal internacional. É um país de origem portuguesa, entre o Oceano Atlântico e os demais Estados sul-americanos, em sua maioria de origem espanhola, com os quais se relaciona comercialmente e sem beligerância. De igual modo, no cenário mundial, o Brasil não costuma se envolver em situações de conflito armado, guerras, agressões ou crimes contra a humanidade. Enfim, o direito penal internacional não é assunto prioritário na sociedade civil, que está mais voltada à resolução de seus conflitos sociais no âmbito interno.

Todavia, com a crescente globalização e a maior inserção do Brasil nas relações internacionais, essa perspectiva, ainda que timidamente, tem sido modificada. Basta verificar, como já exposto, que antes mesmo da ratificação do Estatuto de Roma, o Ministério da Justiça instalou um Grupo de Trabalho destinado a elaborar Anteprojeto de Lei para a sua implementação. Ao lado disso, a eleição da brasileira Sylvia Helena Steiner para integrar o quadro de magistrados da mencionada corte internacional, por certo, serviu para difundir a importância do tema no cenário brasileiro.

De qualquer modo, a implementação do Estatuto de Roma é fator que, no presente momento, depende muito mais de consenso político nacional do que da superação de problemas jurídicos, mesmo porque, com relação a estes, como visto, a doutrina os tem considerado superáveis.

V • Bibliografía

- BASSIOUNI, M. CHERIF. ICC Ratification and National Implementing Legislation. In: *Nouvelles Études Pénales*. n. 13 quarter, Toulouse: Érès, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 41/47.
- BORGES DA ROSA, INOCÊNCIO. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 37/40.
- CRETELLA JR., JOSÉ. *Elementos de direito constitucional*, 2. ed.. São Paulo: RT, 1998.
- DOTTI, RENÉ ARIEL. *Curso de direito penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ESPÍNOLA FILHO, EDUARDO. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. II.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999.
- GRECO FILHO, VICENTE. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI et all. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.
- HUNGRIA, NELSON. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAPIASSU, CARLOS EDUARDO ADRIANO. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JARDIM, TARCISO DAL MASO. *O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000.
- LUIZI, LUIZ BENITO VIGGIANO. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 48/50.
- LUIZI, LUIZ. *Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MACHADO, FÁBIO GUEDES DE PAULA. *Prescrição penal - prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000.
- MAGALHÃES NORONHA, EDGARD. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEDEIROS, ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 14/15.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limomdad, 1996.
- SHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO; CORRÊA JUNIOR, ALCEU. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência Penal. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, JOSÉ AFONSO. Direito constitucional positivo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUZA, NELSON OSCAR. Manual de direito constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STEINER, SYLVIA HELENA F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 38/40.
- O Tribunal Penal Internacional. In: Boletim do IBCCrim. n. 83, São Paulo: IBCCrim, outubro/99, p. 12/13.
- TEMER, MICHEL. Elementos de direito constitucional. 8. ed., São Paulo: RT, 1991.
- TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. Processo Penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- TRIPPO, MARIA REGINA. Imprescritibilidade penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

1 • Introducción

La situación de Chile en el marco del proceso de adopción e implementación del Estatuto de Roma en los distintos ordenamientos nacionales coloca al país en un lugar decididamente rezagado, incluso si la comparación se limita al contexto iberoamericano. Mientras la mayoría de los Estados de América Central y del Sur han suscrito y ratificado el Estatuto,¹ y en algunos se han dado ciertos pasos para adecuar a él sus legislaciones,² el de Chile no consigue superar la fase de ratificación, que requerirá una reforma constitucional. Ofrecer ahora una síntesis del *iter* legislativo del proyecto correspondiente, con el trasfondo político que oculta el negocio, parece indicado para poder examinar más adelante las principales dificultades jurídicas con que ha tropezado la ratificación, y abocetar las que se vislumbran en el aún más lejano horizonte de introducir las adecuaciones que demanda la legislación interna para ponerla en consonancia con el Estatuto y la jurisdicción que éste instaura.

¹ Véase al respecto el panorama sinóptico que ofrece Polo Gálvez: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002, pp. 435-447, especialmente p. 446.

² Cf. Ambos y Malarino: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. (577-589) 588, con referencia a los casos de Argentina y Brasil.

La representación chilena participó desde un comienzo en los trabajos que condujeron a la sanción supraestatal del Estatuto. Al igual que muchas otras naciones del continente, algunas iniciativas internacionales prohijadas por el Estado de Chile respecto de la persecución y el castigo de los crímenes contra el derecho de gentes, así como la dura experiencia vivida por el país durante el régimen militar que imperó entre 1973 y 1990 —cuyas secuelas de todo orden se sienten todavía hoy, también, por cierto, en el tema que nos ocupa— y las orientaciones de la coalición de partidos que pasó a gobernarlo ininterrumpidamente tras el eclipse de aquel régimen, hacían presagiar el respaldo del Poder Ejecutivo al establecimiento del tribunal acordado en Roma, como parte y “continuación de la línea política seguida en el plano internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de los crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión”.³ Con todo, tampoco se deben silenciar los rasgos tímidos de esa línea en el derecho chileno. Por circunscribirnos nada más que a una pareja de ejemplos entresacados del plexo de materias que hacen a la regulación sustancial y adjetiva plasmada en el Estatuto, el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aún más escueto el catálogo de aquellos que guardan relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional,⁴ lo que vale en especial para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, que están todavía a la espera de tipos delictivos que capten sin circunloquios su contenido de injusto. Asimismo, la falta en él de reglas específicas acerca de la teoría de tales delitos, sus penalidades y la extinción de las responsabilidades oriundas de ellos,⁵ es otro aspecto que testimonia el recato y, si se quiere, lo relativo del interés vernáculo por articular una política coherente y maciza de persecución de estos actos delictuosos. Todo ello, sumado a la vetustez del Código Penal en el tema y a otros factores que luego nos ocuparán, nos pone sobre la pista de lo trabajoso del proceso legislativo de ratificación del Estatuto, la nula resonancia de éste en las actuales transformaciones del derecho interno y las fundadas dudas de que la Corte Penal Internacional reciba en el futuro reconocimiento formal y se torne operante de cara a la legislación punitiva de Chile.

³ Ídem, p. 578.

⁴ Guzmán Dalbora, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., Informe relativo a Chile, cf. pp. (163-200) 164.

⁵ V. gr., Chile no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. Ídem, cf. p. 166.

Tras su suscripción el día 11 de septiembre de 1998, el presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un mensaje, fechado el 4 de enero siguiente, con el que dio inicio al procedimiento de ratificación. El artículo único del proyecto de acuerdo indicaba simplemente que el Poder Legislativo presta su aquiescencia a lo negociado en Roma.⁶ La exposición de motivos del Proyecto daba cuenta del origen del Estatuto y de las aristas más importantes de su contenido, poniendo énfasis en aquellas que se adivinaba serían controvertidas, como el principio de complementariedad, en cuya virtud “la Corte [...] no sustituye a los tribunales nacionales ni se convierte en una instancia de apelación de sus resoluciones”, pues “en la medida en que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia”, aquella “no debería inmiscuirse en el funcionamiento de los tribunales nacionales ni cuestionar sus procedimientos”, el principio de cooperación y la asistencia judiciales y, en fin, las numerosas disposiciones que sería preciso sancionar posteriormente para dar cumplimiento al Estatuto, visto que “no todas las normas de este instrumento son autosuficientes, en términos de que una vez incorporadas al orden interno pueden ser directamente aplicables”. A su vez, la ausencia de una argumentación relativa a impedimentos de superior jerarquía normativa revela que el Gobierno no pensó en, o por no menos no estimó imprescindible, una reforma a la Constitución política, como presupuesto del acto de aprobación.

Si en ello el autor del mensaje no iba descaminado —también en la generalidad de los países hispanoamericanos se ha descartado la exigencia de modificar sus Constituciones—, tampoco lo estaría la Cámara Baja. En una votación cerrada, sin abstenciones, una apreciable mayoría de diputados aprobó el 22 de enero de 2002 el texto sometido a su consideración, con lo que éste pasó a su segundo trámite legislativo, en el Senado. Sin embargo, durante la discusión de aquel día, y aun antes, en los informes y debates de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, se dejaron oír voces discrepantes, las que aludieron a graves vulneraciones de la Constitución, la soberanía nacional, la posición autónoma y de igualdad del país en el concierto de las naciones, etcétera, como fundamento para rechazar la iniciativa

⁶ “Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y el Acta de Rectificación del Estatuto Original de la Corte Penal Internacional, de fecha 10 de noviembre de 1998”. Cf. *Boletín* n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile.

gubernamental, en la forma y el modo en que había sido presentada. A juicio de la disidencia, ésta requería un quórum mayor de votación que el de una ley común y, en el fondo, una reforma constitucional.

De hecho, casi los mismos diputados⁷ formularon el 4 de marzo del propio año un requerimiento ante el Tribunal Constitucional,⁸ con el objeto de lograr una declaración de completa inconstitucionalidad del Estatuto de Roma y, de pasada, imponer una proporción especialmente alta de votos para poder ratificarlo, cuestión tanto más importante cuanto que, siendo la Constitución chilena sobremanera rígida, la tarea de alcanzar el quórum previsto para su reforma —tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio—⁹ se torna en extremo compleja cuando no de imposible consecución para cualquier agrupación política interesada en ello, por considerable que sea su representación parlamentaria. El requerimiento se vería prestamente coronado con el éxito. El Tribunal Constitucional, de predominante composición conservadora, dictó fallo el 8 de abril de 2002. Recogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes y luego de desestimar las observaciones que hizo en su defensa el presidente de la República, resolvió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución y que, en consecuencia, su ratificación exige una reforma de la Carta Fundamental.¹⁰

Dejando por el momento de lado las críticas que esta sentencia suscitó de inmediato dentro y fuera del medio jurídico chileno, el hecho vino a plantear un seria cortapisa a la empresa impulsada por el Poder Ejecutivo, condicionando de pasada las posibilidades de los cuerpos colegisladores en el desempeño de su función y, en suma, al entero espectro de las autoridades representativas de la voluntad popular. Como sea, pocos días después de conocerse la decisión el Gobierno se plegó a ella y presentó al Senado el 16 de abril un segundo proyecto, precedido de una exposición de moti-

⁷ En número de treinta y cinco. Todos, conservadores, y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar nombrado *supra*.

⁸ Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Cf. Guzmán Dalbora: "Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, n.º 12, 1994, pp. 165-199.

⁹ Artículo 116 de la Constitución.

¹⁰ Expresa lo resolutivo del fallo: "Se acoge la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 y se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa". Véase *Boletín* n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados, cit.

vos más extensa que la de 1999 y encaminado ahora a la enmienda de la Constitución. En el sentir del Ejecutivo, la declaración del Tribunal Constitucional y las opiniones manifestadas en el Parlamento por los diputados que la provocaron no representan un obstáculo definitivo e insalvable para la ratificación del Estatuto de Roma, sino simplemente una condición —la reforma constitucional— que, una vez satisfecha, deja abierto el camino para que el Estado chileno se haga parte de él. Es más, sostiene allí el presidente que los reparos constitucionales formulados por el Tribunal “no suponen, bajo ningún respecto, un rechazo *per se* de la Corte Penal Internacional, ni podrán constituir argumentos válidos para su cuestionamiento futuro en la medida que una reforma constitucional permita la aprobación y ratificación del Tratado de Roma”, de lo que colige que el fallo debe ser entendido “como un mandato a enmendar la Carta para incorporar la Corte Penal Internacional a nuestro sistema constitucional”, mandato al que no podrán restarse los diputados de la oposición, quienes tampoco habrían hecho explícitos en sus intervenciones motivos ideológicos en contra de la existencia y las actividades de la Corte. El proyecto pondera los mismos modelos extranjeros de reforma constitucional que el Tribunal invocó en su pronunciamiento y, para evitar una complicada e innecesaria modificación de diversos pasajes de la Constitución vigente, se decanta en definitiva por una cláusula genérica, semejante a la adoptada en Francia y Luxemburgo, que se agregaría a su articulado como disposición transitoria, destinada a desaparecer junto con el cierre del proceso de ratificación.¹¹

El proyecto de reforma constitucional yace todavía en el Senado, en premiosa tramitación que no arroja aún siquiera el dictamen de la comisión senatorial a que fue confiado. Por tales tardanzas, en la postrimerías del 2004 se lo envió al archivo donde se guardan los asuntos que han perdido oportunidad.

¹¹ Su texto es el siguiente: “Artículo único. Introdúcese la siguiente disposición transitoria a la Constitución Política de la República: ‘Cuadragésima primera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de Julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. = Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior’. Cf. *Boletín* n.º 2912-07, de la Cámara de Diputados. Las citas precedentes del texto están tomadas de esta última fuente.

2. Obstáculos a la ratificación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Quedó dicho que Chile no cuenta todavía con una reforma de la Constitución. Las fases más significativas del proceso de ratificación del Tratado de Roma permiten constatar solamente que el Tribunal Constitucional estima que la modificación del Código Político es una exigencia inevitable para que el Estado se haga parte, y que el Gobierno excogitó una vía particular, a saber, una solución de compatibilidad global, en la propuesta de enmienda a que se vio forzado. El pobre avance del Estatuto en el país impone, pues, brevedad al presente informe, que en este apartado aborda los reparos que señaló el Tribunal Constitucional, otros posibles puntos de fricción entre la Constitución y el Estatuto y, por último, la viabilidad jurídica de la reforma proyectada.

1. El fallo de 8 de abril de 2002 divisa cinco vicios de inconstitucionalidad en el Estatuto: la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, con referencia al principio de complementariedad; las materias sometidas a la competencia de la Corte, en la medida en que esa competencia contradiría la soberanía del Estado de Chile; la atribución implícita de la Corte en orden a desconocer indultos o amnistías; la improcedencia del cargo oficial y, por último, la potestad del fiscal de llevar a cabo investigaciones en el territorio del país. Aunque el Tribunal Constitucional desarrolló estas cuestiones por separado, en el entendido de que cada una de ellas posee fuerza bastante para generar la inconstitucionalidad del Estatuto, bien mirado el asunto resulta que todas giran en torno al derecho procesal orgánico contenido en éste y a su compatibilidad con el concepto de soberanía que manejan los sentenciadores.¹² En cambio, el fallo guarda riguroso mutismo sobre otros extremos en que la tensión entre la Constitución chilena y el Tratado de Roma parece menos discutible que lo que allí se

¹² De hecho, “el mayor esfuerzo argumentativo del Tribunal se centró precisamente en esa cuestión”, comentan Bascuñán Rodríguez y Correa: “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, año 2002, n.º 1, pp. (129-160) 129.

expresa y cuyo tratamiento habría convertido el quehacer del Tribunal en una obra más interesante y proficua.¹³

El prurito de la soberanía se insinúa ya en punto a la índole complementaria de la jurisdicción de la Corte. La sentencia constata, con razón, que el Estatuto se abstuvo de definir el principio correspondiente,¹⁴ pero acto seguido una interpretación sistemática de sus disposiciones, en particular, los artículos 17 (cuestiones de admisibilidad), 19 (impugnación de la competencia) y 20 (cosa juzgada), la lleva a concluir que “la naturaleza jurídica de la jurisdicción que ejerce la Corte Penal Internacional es de carácter correctiva y sustitutiva o supletoria, en determinados casos, de las jurisdicciones nacionales”.¹⁵ Al censor chileno le “resulta evidente que la Corte puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales de los Estados Partes, pudiendo, en consecuencia, decidir en contra de lo obrado por ellos y, en determinadas situaciones, de ausencia real o formal de dichos tribunales, sustituirlos”.¹⁶ En tales circunstancias, o sea, por prorrogar a una jurisdicción nueva, “no contemplada por nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales, por delitos cometidos en Chile”, el Estatuto entraña “una transferencia de soberanía”¹⁷ en pugna con la Constitución de 1980.

Tal parece que el Tribunal no acertó a comprender el verdadero sentido del principio de complementariedad, maguer la insistencia del Gobierno en tratar de explicarle que en estas materias la competencia preferente toca a los Estados, a menos que falte una real capacidad o la voluntad seria de declarar judicialmente el derecho en las causas que aquí importan, siendo claro que no pueden considerarse incluso en la jurisdicción de los tribunales chilenos ni en la soberanía que está en la raíz de esta función pública, aquellos enjuiciamientos o sentencias cuyo verdadero propósito fuese sustraer al acusado de su responsabilidad penal. En verdad, los supuestos en que la Corte Penal Internacional puede ignorar la *litis pendencia* o la *res iudicata* que pretexto la jurisdicción estatal obedecen a que los procedimientos y resoluciones adoptados en

¹³ La omisión fue deliberada. El considerando septuagésimo séptimo de la sentencia, con el que comienza el análisis de los problemas asociados al derecho de gracia, a los privilegios procesales de altos dignatarios y las facultades del fiscal, indica preliminarmente que, “si bien los requirentes formularon otras inconstitucionalidades, este Tribunal, en esta oportunidad, sólo examinará las siguientes”, que vienen a ser las tres que acabamos de indicar. Ya calibraremos las posibles repercusiones de la omisión.

¹⁴ Considerando vigésimo.

¹⁵ Considerando vigésimo tercero.

¹⁶ Considerando vigésimo cuarto.

¹⁷ Considerando trigésimo primero.

el país serían en tales casos fraudulentos y, por ende, nulos.¹⁸ La jurisdicción, función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya entidad es controvertida, o respecto del cual se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma,¹⁹ descansa en las mismas condiciones elementales de imparcialidad y autonomía cuya ausencia en el país de que se trate habilita precisamente la intervención del órgano supraestatal.^{20 21} Bien lo percibió el juez Marcos Libedinsky Tschorne, en el voto en que disiente de los razonamientos y conclusiones de sus colegas del Tribunal Constitucional. En opinión del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia, el principio de complementariedad “configura una garantía de la primacía de nuestro sistema constitucional, que sólo posibilitará la actuación de la Corte Penal Internacional en aquellas situaciones en que este sistema no haya actuado o lo haya hecho de un modo ficticio o simulado. No se afecta, en consecuencia, el principio básico de la soberanía del Estado chileno en orden a que sus tribunales [...] conozcan las causas civiles y criminales que se promuevan dentro del territorio de la República, las juzguen y hagan ejecutar lo juzgado”.

Si hasta este momento el criterio de la mayoría traiciona de algún modo el persistente afán de someter la Corte Penal Internacional a las exigencias constitucionales y legales que gravitan sobre los tribunales chilenos, no menos que una anticuada concepción de la soberanía estatal y las relaciones entre los ordenamientos interno

¹⁸ Así, Bascuñán Rodríguez y Correa: o. cit., cf. pp. 143-144. Es más, varios de ellos podrían ser calificados como delictivos a la luz de las disposiciones sobre la prevaricación judicial, en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal. Huelga decir que las sentencias penales contrarias a derecho, el retardo o la negativa maliciosos de administrar justicia en lo criminal y otras actividades prevaricadoras están confiados al conocimiento y fallo de los tribunales chilenos, con lo cual queda nuevamente de manifiesto, contrariamente a lo que lucubra el Tribunal Constitucional, que la competencia de éstos en modo alguno es desdibujada por la que el Estatuto entrega a la Corte.

¹⁹ Es el concepto que de ella estampamos en nuestro artículo “La Administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, 2 vols., Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. II, pp. 229-250.

²⁰ No a otra idea responde el artículo 13 del Código procesal penal, que ha empezado a regir gradualmente desde el 2000. Se reconoce allí valor en Chile a las sentencias penales extranjeras y al *ne bis in idem* resultante, a menos que el juzgamiento “hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente”. Este precepto, que ordena a la jurisdicción nacional hacer caso omiso de lo obrado antijurídicamente en tribunales foráneos, no recibió atención alguna del Tribunal Constitucional.

²¹ A su turno, de la hipótesis del colapso total o parcial de la administración de justicia nacional, dicen con acierto Bascuñán Rodríguez y Correa (o. cit., p. 144) que “carece de sentido pensar en una reserva constitucional de la jurisdicción, pues se trata de casos en los que el orden constitucional está en crisis y las condiciones para ejercer la jurisdicción no existen”.

²² Idéntica observación, *ibidem*, cf. p. 133.

y externo, estos condicionamientos de fondo se muestran en toda su dimensión al llegar al examen de la competencia de la Corte. Aquí reside el principal motivo de contraste,²² por cuanto, a juicio del Tribunal Constitucional, la adopción del Estatuto implicaría de nuevo una transferencia de soberanía que la Constitución interdice rotundamente. Reducido hasta el esquematismo, su raciocinio viene a ser como sigue. Siendo la soberanía una cualidad del poder del Estado, “que no admite a otro ni por encima de él ni en concurrencia con él”,²³ soberanía que finca en la nación y ejercen las autoridades constitucionalmente reconocidas, de ello se sigue que la función jurisdiccional, concreción de la potestad soberana del Estado, “sólo la pueden ejercer las autoridades que la Constitución establece”.²⁴ La Corte Penal Internacional no es un órgano contemplado en la Constitución, y, al ser las materias de que ella podría conocer un asunto improrrogable —delitos cometidos dentro del territorio de Chile—, entonces el Estatuto trae aparejada una inconstitucional cesión de soberanía, en menoscabo de la nación.²⁵ De donde “el incorporar a un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las ‘autoridades que esta Constitución establece’ [...], debe necesariamente ser autorizado por el Constituyente”²⁶.

Prescindiendo del despropósito jurídico, que antes hemos tenido ocasión de apuntar, de que el fraude procesal pertenezca a la esencia de las funciones jurisdiccionales y que, en consecuencia, privar a los justiciables chilenos de la posibilidad de su ocurrencia vendría a perjudicarlos, y haciendo abstracción, asimismo, de la tesis de que la Corte Penal Internacional sería también contraria a la Constitución porque queda exceptuada de la superintendencia directiva, correccional y económica que ésta comete a la Corte Suprema²⁷ —como si no hubiera en el mundo otros jueces que los del país—, todo lo cual puede reputarse vástago del derecho político que el fallo imagina vigente, harto más delicada se nos presenta la noción general de soberanía

²³ Considerando trigésimo octavo.

²⁴ Considerando cuadragésimo quinto.

²⁵ “El Tribunal creado por el Estatuto, en la categoría a la que se deba adecuar, no se encuentra directa o indirectamente previsto o admitido por el texto constitucional y la esfera jurisdiccional que le es atribuida verá reducir, correlativamente, la dimensión de soberanía constitucional deferida a los tribunales. Con el Estatuto, la competencia soberana que es una jurisdicción constituida resultará necesariamente disminuida, por la transferencia para el Tribunal de una de sus atribuciones” (considerando quincuagésimo primero).

²⁶ Considerando quincuagésimo octavo.

²⁷ “Conforme con la norma transcrita [artículo 79 de la Constitución] y a su claro tenor literal, la Corte Penal Internacional debiera ser uno de los tribunales exceptuados de la superintendencia de la Corte Suprema, lo que hace necesaria la adecuación de la referida disposición constitucional” (considerando cuadragésimo octavo).

que queda al desnudo aquí. Hace tiempo que la soberanía estatal dejó de ser entendida en las ciencias morales y jurídicas como un poder absoluto, sin límites. Incluso antes de la segunda guerra mundial pudo definírsela, con precisión y elegancia castellana, como el poder del Estado, para hacer que el derecho reine en la sociedad:²⁸ el derecho y, por consiguiente, tanto el ordenamiento jurídico interno como el internacional. La evolución del derecho de gentes ha precisado los límites de la soberanía antes egoísta de los Estados, prohibiéndoles, entre otros, el derecho a resolver mediante la guerra sus conflictos externos, y constriñéndolos a promover y tornar eficaces los derechos fundamentales de la persona. El Tribunal Constitucional, en cambio, “sostiene una concepción de la soberanía superada históricamente por la doctrina y el derecho internacional público, como asimismo por el propio texto de la Constitución chilena”.²⁹ Ésta, una carta otorgada y de factura profundamente iliberal, contiene, sin embargo, desde 1989 una cláusula que supedita la práctica de la soberanía a la observancia de los derechos fundamentales reconocidos por el Estado y el derecho supraestatal.³⁰ La crítica denunció, con justificada molestia, que la majestad de esa norma queda virtualmente aniquilada por el discurso del Tribunal Constitucional, que momifica la Constitución retrotrayéndola a su rudo tenor primitivo, impreso en ella por el régimen que la impuso, restando así jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos fundamentales,³¹ fraseología que se impulsa hasta tocar un clímax liberticida.³² Por lo demás, es ostensible el *élan* dualista que subyace en todo esto,

²⁸ Francisco Giner de los Ríos, cit. en Posada, *Tratado de derecho político*, 2 tomos, 4.ª edición, revisada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, tomo I, cf. pp. 325-326.

²⁹ Nogueira Alcalá: “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., año cit., pp. (449-466) 454. De “anacrónica” la tilda el publicista argentino Víctor Bazán: “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado”, en el *Anuario* cit., año 2003, pp. (109-162) 131.

³⁰ Artículo 5.º, párrafo dos: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³¹ En este sentido, Nogueira Alcalá: o. cit., cf. p. 457, y Bazán: o. cit., cf. pp. 131-132.

³² “Si se aceptara bajo el texto actual de la Ley Fundamental chilena, la Corte Penal Internacional, ello implicaría una violación a normas de rango constitucional y no se debe olvidar que hoy se acepta universalmente que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución —concepción garantista de la Constitución—, de manera que la violación de la Carta Política viene a significar en último término, la desprotección de los derechos”.

Este considerando del fallo (el 93) provocó una natural reacción en el voto disidente, cuyo redactor se pregunta si “¿frente al tenor categórico de esta cláusula [el antes glosado artículo 5.º] podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’? ¿En otras palabras —prosigue—, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos

entendimiento según el cual el derecho externo ganaría validez sólo con el reconocimiento estatal, no menos que la tesis del *doble derecho* a que conduce, para que la judicatura ordinaria no aplique directamente el contenido en los tratados, una barrizada en que se han parapetado a lo largo y ancho de la América hispana los sectores por tradición reacios a los derechos fundamentales, “postulando una insostenible inconstitucionalidad de las ratificaciones de los tratados, con argumentos conocidos y desacreditados, pues habían sido largamente sostenidos por la ex Unión Soviética y suenan fuera de tiempo frente a la actual crisis del concepto de soberanía”.³³

Si escueto fue el Tribunal en el desarrollo de las restantes máculas de inconstitucionalidad, también lo seremos nosotros al rebatirlas. Declara reñidos con la atribución presidencial de conceder indultos particulares y la legislativa de otorgar amnistías e indultos generales, los artículos 17 y 110 (reducción de penas) del Estatuto, dado que la Corte podría pasar por alto en sus sentencias estas manifestaciones del *ius aggratiandi*, con lo que surgiría una vulneración adicional del ejercicio de la soberanía.³⁴ Cumple manifestar al respecto que si el derecho de gracia envuelve siempre, por su propia naturaleza, una renuncia al de castigar los delitos, la Constitución chilena está lejos de ofrecer puntos de apoyo a la suposición de que a los poderes políticos quedaría vedado limitar su facultad de amnistiar o indultar. De hecho, modestas leyes impiden de antiguo la concesión del indulto a los condenados por ciertos delitos, y la amnistía quedó prohibida en Chile para los criminales de guerra luego de la temprana ratificación, el 5 de diciembre de 1950, de los Convenios de Ginebra.³⁵ Al margen de ello, es claro que “el Tribunal Constitucional confunde la potestad legislativa para dictar indultos y amnistías con sus efectos en jurisdicciones distintas de la chilena. No hay disposición alguna del Estatuto que prohíba al Estado decretar indultos generales o amnistías. Una ley que así lo hiciera sería perfectamente válida y tendría plenos efectos en tribunales chilenos”.³⁶ Lo que no se puede preten-

dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?”. A su vez, Bascañán Rodríguez y Correa (o. cit., p. 159) llaman “paradójica” a la declaración del Tribunal, pues “resulta inaceptable que un tribunal constitucional occidental recurra a una retórica de derechos fundamentales sin darles lugar alguno en su razonamiento”.

³³ Zaffaroni: *Derecho penal*. Parte general. Obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires: Ediar, 2.º ed., 2002, p. 206.

³⁴ Considerandos septuagésimo séptimo a octogésimo primero del fallo.

³⁵ Sobre estas limitaciones y su eco jurisprudencial, véase Guzmán Dalbora: “De la extinción de la responsabilidad penal”, en el volumen *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. (433-487) 451-452.

³⁶ Bascañán Rodríguez y Correa: o. cit., p. 157.

der es que los indultos y amnistías sancionados en un país cualquiera hayan de ser vinculantes para tribunales extranjeros o internacionales, a menos que la legislación que rige éstos diga otra cosa. En seguida, el Tribunal objeta el artículo 27 del Estatuto, porque éste quita valor ante la Corte Penal Internacional a las inmunidades penales y los privilegios procesales de que gocen altos dignatarios del Estado según el derecho interno o normas internacionales. Este enjuiciamiento directo ante la Corte horadaría el fuero de los parlamentarios y las *prerrogativas penales* que amparan a los jueces y fiscales chilenos con arreglo al texto constitucional.³⁷ Pero reducida la cuestión a su genuino mérito, o sea, a las condiciones de procesabilidad —no inmunidades— que exige la Constitución para detener o, en su caso, acusar criminalmente a ex presidentes de la República y a legisladores, jueces, fiscales, intendentes o gobernadores en ejercicio,³⁸ téngase presente que su observancia está ceñida a las autoridades jurisdiccionales del Estado, y por eso “no obstan a que la Corte ejerza su competencia” sobre tales funcionarios, como reza el artículo 27, párrafo 2, del Estatuto, ni que, precisamente porque la Constitución y las leyes arbitran los medios para que aquéllos pierdan sus privilegios, tampoco éstos contradicen frontalmente el Tratado de Roma.³⁹ Por último, las mismas consideraciones enunciadas *supra*, a propósito de la competencia complementaria de la Corte, son válidas respecto de la atribución de su fiscal para realizar investigaciones en el territorio del Estado, investigaciones que tendrán lugar siempre y cuando, entre otros requisitos de fondo y de forma, se trate de “crí-

³⁷ Considerando octogésimo octavo. Aquí se cela un grueso malentendido. Al igual que otros ordenamientos, el chileno recoge dos grupos de limitaciones funcionales de la ley penal, o inmunidades. Del derecho internacional procede la inmunidad de los jefes de Estado que se encuentren de visita en Chile, los agentes diplomáticos extranjeros, sus familiares y empleados foráneos, los funcionarios de las organizaciones internacionales establecidas por tratados multilaterales, y los cónsules extranjeros. La única inmunidad consagrada por el derecho interno es la que cubre a los diputados y senadores, pero sólo “por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión” (artículo 58 de la Constitución). En cambio, desde la independencia política del país jamás se ha contemplado, y sería en verdad inconciliable con la forma republicana de gobierno, la inviolabilidad del presidente de la República u otros altos representantes del Poder Ejecutivo, todos los cuales están sometidos a la ley penal como cualquier ciudadano. De modo que sólo mueve a equívocos que la sentencia del Tribunal Constitucional denomine “prerrogativas penales” a lo que son meras condiciones de procesabilidad, concebidas como antejuicios (el desafuero y la querrela de capítulos). Sobre el particular, véase, *inter alia*, Cousiño Mac Iver: *Derecho penal chileno*. Parte general (3 vols. publicados), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1975, p. 141.

Queda sin mencionar en la sentencia y, sin embargo, pendiente de esclarecimiento un pormenor que concierne a la *inmunidad* penal de los parlamentarios por sus opiniones en el Congreso. Y es que el apartado e del tercer párrafo del artículo 25 del Estatuto de Roma describe la incitación directa y pública al genocidio. Menos importante que el emplazamiento de este precepto —pues tal vez debió preverse como tipo independiente, y no como una forma de participación, como quiera que el hecho es punible aunque nadie se haga eco de la invitación— parece en nuestro contexto la posibilidad de que uno o varios parlamentarios incurriesen en la apología genocida, sin poder, empero, hallar refugio en la inmunidad. En este aspecto creemos que sí coliden la Constitución y el Estatuto.

³⁸ En sus artículos 30, 58, 78, 80 H, 81 y 113.

³⁹ Esta fue, también, la opinión del ministro Libedinsky Tschorne, en el considerando duodécimo de su voto particular.

menes de competencia de la Corte” y que la Sala de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de la investigación, en la dicción del artículo 15 del Estatuto. El Tribunal Constitucional no lo tuvo en cuenta, y por fijarse nada más que en los artículos 54, párrafo 2, y 99, párrafo 4, por demás interpretados desde su peculiar inteligencia del principio de complementariedad, sentó como corolario que estos últimos “infringen derechamente el artículo 80 A de la Constitución, la que encarga en forma exclusiva y excluyente al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito”.⁴⁰

Esta somera exposición debería bastar para apercibirnos de que las causas de inconstitucionalidad declaradas en el fallo resultan por lo menos opinables. La autoridad constitucional de la sentencia⁴¹ no puede exonerarla del juicio que merecen sus fundamentos, a menudo confusos y alicortos, sus fuentes trasnochadas de inspiración y el estado de retraso en que deja innecesariamente sumido al país en el concierto iberoamericano. Hacemos gracia al lector de mencionar las diversas y deplorables repercusiones que podría surtir en materias distintas de las que zanjó entonces el Tribunal.⁴²

2. Cabe pensar que las dificultades de constitucionalidad del Estatuto de Roma no están concentradas en la organización y las atribuciones de la judicatura que instituye, sino en principios relativos al derecho penal material. Pero debemos ir despacio por este terreno, que demanda una aclaración preliminar.

La Constitución chilena, fundida al calor de la llamada *ideología de la seguridad nacional*, es relativamente pródiga en disposiciones de sustancia punitiva. No ha de buscarse en éstas la coherencia política y técnica requerida en los documentos de su jerarquía, ya que en ellas cobró vida una extraña amalgama de ingredientes heterogéneos, unos rescatados de la tradición liberal del país, otros de insanable autoritarismo. Que la pregunta referente a qué grupo de elementos sobrepuje a los otros deba quedar aquí sin respuesta, eso depende de la inconsistencia y las contradicciones íntimas de aquella *ideología*.⁴³

⁴⁰ Considerando octogésimo noveno.

⁴¹ Inapelable, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución, reproducido por el 32 de la Ley n.º 17 997, de 19 de mayo de 1981, Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁴² Las que son objeto de detenido análisis en pp. 148-156 del trabajo de Bascuñán Rodríguez y Correa, quienes, por su gravedad, afirman que las razones expuestas por el Tribunal ponen en entredicho su propia autoridad, ya que “los efectos negativos que se seguirían de sus fallos, si fueran tomados en serio, obligan a no tomarlos en serio” (p. 148; en la 160 reiteran la aseveración).

⁴³ Sobre lo cual nos permitimos remitir a nuestro artículo “Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, cit., pp. 176-181.

Por cierto, el cuadro descrito tiene proyecciones en el tema que nos ocupa. Facetas que en otros ordenamientos han obligado a una reforma constitucional, o bien no fueron objeto de regulación en el cuerpo político chileno, o bien éste les destina preceptos más drásticos que los correspondientes del Tratado de Roma. Por una u otra vía, el hecho es que la Constitución se adecua al Estatuto. Sean nombradas aquí sólo las siguientes manifestaciones del fenómeno. Primero, la extradición de nacionales, a cuya entrega ni la Constitución ni la ley representan un impedimento. Entre los requisitos estampados por el derecho interno para la extradición pasiva, no se cuenta que el *extraditurus* carezca de nacionalidad chilena. La falta de semejante restricción disfruta del respaldo de la doctrina, que es decididamente partidaria de la extradición de nacionales,⁴⁴ y la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.⁴⁵ La Constitución no pronuncia palabra sobre la extradición.⁴⁶ En cambio, varias de sus normas aluden a formas concretas de penalidad, siempre con un talante adusto. Admite nada menos que la pena de muerte, que “sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”⁴⁷ y, en algunos casos, la confiscación de bienes y la pérdida de la nacionalidad.⁴⁸ Siendo así, es de comprender que pueda desentenderse olímpicamente de señalar márgenes superiores a las penas temporales y que el Código Penal, aprovechando el mal ejemplo, haya preservado hasta la fecha el presidio perpetuo, del que se conocen dos especies, una simple y otra agravada. Como en la última el reo debe satisfacer a lo menos cuarenta años de privación de la libertad antes de pensar en su liberación condicionada,⁴⁹ estamos ante un sistema penal más draconiano que el de los artículos 77 a 79 del Estatuto de Roma.

⁴⁴ Cf., por todos, Cury Urzúa: *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2.º ed., 1992, t. I, p. 182.

⁴⁵ Sobre lo cual puede consultarse nuestra contribución citada *supra*, en nota 4, p. 197.

⁴⁶ Su fondo y forma quedan en manos de la ley. Una arraigada práctica deja intervenir al derecho procesal penal también en las condiciones substanciales de la extradición. De ella trata pormenorizadamente el Código Procesal Penal, en sus artículos 431-454. El principio de la doble incriminación se recoge en el 449.

⁴⁷ Artículo 19, número 1.º, situado... como garantía constitucional.

La ley n.º 19 734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena capital de la legislación común, dejándola subsistente para los delitos que puedan cometerse en tiempo de guerra, sin exceptuar los conflictos armados desprovistos de carácter internacional, o sea, la impropriadamente denominada “guerra civil”. La adhesión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, con su fórmula de derogación progresiva del máximo suplicio, ya venía influyendo en las reformas que precedieron su abolición formal en el derecho penal común.

⁴⁸ Artículos 19, número 7.º, letra g, y 11, número 3.º, respectivamente.

⁴⁹ Artículo 32 bis del Código Penal, donde figuran también otros requisitos imposibles de conciliar con el principio de humanización de las penas. El presidio perpetuo calificado, que no es sino una pena de muerte agravada, fue incorporado al Código por la ley que suprimió la capital (ver nota 47).

De una incompatibilidad entre éste y la Constitución puede y debe hablarse para otros ámbitos. Tanto el principio de legalidad, como su precipitado técnico, el de tipicidad, lucen en la parte dogmática del Código Político, o sea, como garantías constitucionales.⁵⁰ Pues bien, sabido es que el Estatuto de Roma, que reconoce en su cuádruple efecto el *nullum crimen nulla poena sine lege* (artículos 22 y 23), en algunos pasajes se aparta de la proclamación o sólo la acata parcialmente. De ello son muestras, entre otros, los “actos inhumanos de carácter similar”, en el artículo 7, 1, *k*, las “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados” y los daños “manifiestamente excesivos”, del artículo 8, 2, *b*, iv, el ambiguo artículo 23, la falta de señalamiento concreto de las penalidades congruentes a cada uno de los delitos y la indeterminación de los medios para individualizarlas.⁵¹ Tales perforaciones de la legalidad penal no pueden armonizarse con la Constitución. Otro reproche de inconstitucionalidad concierne al principio de culpabilidad. Según el artículo 19, número 3.º, la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal. Con esto se sienta la máxima de que ninguno de los presupuestos en que reposa esa responsabilidad puede presumirse concurrir sin que se admita la prueba adversa, regla a que no es ajena la culpabilidad: ésta, así como sus supuestos, elementos y especies, no pueden ser materia de presunciones absolutas. El *nullum crimen sine culpa*, pues, tiene en Chile dignidad constitucional.⁵² La irrelevancia del error directo de prohibición, en el artículo 32, 2, y la previsión de que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad “son manifiestamente ilícitas”, en el artículo 33, 2, del Estatuto, tampoco están en condiciones de superar la criba constitucional.

Más nebulosa y en definitiva inexistente, a nuestro parecer, es la disconformidad con la Constitución del derecho que la Corte debe aplicar, según el artículo 21 del Estatuto. Este capítulo formó parte del extenso pliego en que fue requerida la intervención del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la alusión a unos “principios generales del Derecho”, contenida en dicho artículo, está lejos de atropellar el de legalidad, pues no son esos principios, sino el propio Tratado y, por ende, una ley escrita, la fontana de los crímenes y sus penas. Antes bien, tales principios posibilita-

⁵⁰ Son los dos últimos párrafos del artículo 19, número 3.º: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. = Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

⁵¹ Cf. Ambos: “Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en la revista *Actualidad penal*, n.º 45, semana 4 al 10 de diciembre de 2000, Madrid: La Ley, pp. (925-948) 929.

⁵² Cf. Guzmán Dalbora: *Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena* (1980), cit., pp. 191-193, y Cousiño Mac Iver: o. cit., t. III, 1992, pp. 14-15.

rán, por ejemplo, que la Corte aprecie causas supraleales de justificación y de inculpabilidad,⁵³ mecanismo grato a parte de la doctrina chilena y que, en todo caso, resulta digno de encomio prever. Peregrina era por igual la pretensión de los recurrentes de que el Estatuto haría añicos la garantía constitucional de todo chileno en cuanto a no declarar en causas criminales contra sus parientes y allegados,⁵⁴ puesto que condiciona el éxito de las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte a los Estados, a que su práctica no esté prohibida por el derecho interno y, sobre todo, no contravenga uno de sus principios jurídicos fundamentales, que es el caso en cuestión (no exigibilidad de otra conducta). Ya nos hemos referido a las excepciones al principio de inherencia (*non bis in idem*), en el artículo 20, 3, del Estatuto, y a la creencia equivocada del Tribunal Constitucional de que ellas afectarían la Constitución, por lo que no diremos más sobre el particular.

3. Quedó dicho que el Tribunal omitió pronunciarse sobre los aspectos reseñados en el apartado anterior, cifrando su interés únicamente en los de cesión de soberanía. Obró en esto ateniéndose a la ley que lo rige,⁵⁵ cuyo artículo 44 dispone que este órgano, cuando en juego está la validez de un tratado sometido a la aprobación del Congreso, “puede fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento”. Como, a su turno, la parte decisoria del fallo no es que declare inconstitucional el Tratado de Roma, sino que su adopción “requiere de reforma constitucional previa”, el camino escogido por el Gobierno para producir la modificación es el correcto. La fórmula abstracta que autoriza al Estado para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional contiene asimismo una declaración de compatibilidad de ésta con la Constitución, expediente que hace prescindible articular una batería de modificaciones particulares a la última, en número considerable y de suerte impredecible en su tramitación legislativa. Ahora, si bien no es posible excluir que miembros del Parlamento soliciten una segunda injerencia del Tribunal, esta vez frente al proyecto de reforma de la Constitución, basándose en otros fundamentos que los de la soberanía,⁵⁶ entendemos que el sentenciador debería

⁵³ Cf. Ambos: op. últ. cit., p. 948.

⁵⁴ Artículo 19, número 7.º, f.

⁵⁵ Citada *supra*, en nota 41.

⁵⁶ El artículo 82, número 2.º e inciso cuarto, permite a una cuarta parte de los parlamentarios en ejercicio promover ante el Tribunal una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional. Es decir, una

honrar su jurisprudencia y denegar una petición de este jaez, pues reabrir el debate sobre una materia ya decidida por él —la total comparación del Estatuto con el texto constitucional— excedería sus atribuciones, tendería un negro manto de incertidumbre para el futuro del control de constitucionalidad y, en suma, parecería poco y nada serio. Los eventuales opositores deberán concentrar su empeño —y podemos contar con que lo harán— después de la reforma, en el debate de las normas legales que será preciso modificar para la implementación del Estatuto.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

No ocurrida aún la ratificación del Estatuto, es lógico que Chile carezca de textos de implementación. Tampoco podrán existir proyectos mientras no se allane la dificultad fundamental. Hasta donde se nos alcanza, ni siquiera está en barbecho un anteproyecto, si es verdad que el optimismo inicial, tras el rudo golpe recibido en abril del 2002, debió ceder plaza a la circunspección con que hoy hay que evaluar las reales posibilidades de integrar el Estatuto al ordenamiento nacional. Quien escribe estas líneas alienta menos esperanzas: la representación conservadora en el Parlamento ha aumentado en el ínterin y, por otra parte, es ilusorio suponer que durante el último año de su mandato el Gobierno vaya a conceder prioridad y urgencia de tramitación a un proyecto que perdió tales atributos hace bastante tiempo, a principios del 2000. Por consiguiente, en esta sección habremos de limitarnos a consignar, con la mayor concisión, aquellos problemas que están destinados a ser los medulares de la implementación y los medios con que resolverlos.

Dado que no existe ni se admite en Chile la posibilidad de aplicar directamente normas de derecho internacional penal,⁵⁷ puesto que ello infringe la exigencia constitucional de legalidad en materia de delitos y penas, la primera decisión por tomar es la forma que deberían asumir las modificaciones legales que se necesita. Una ley especial, provista de un contenido penal y procesal penal, parece desaconsejable, tanto porque no es conveniente favorecer el galopante y pernicioso proceso de desco-

proporción menor —el veinticinco por ciento— que el número de legisladores necesario para la reforma —tres quintos, o sea, el sesenta por ciento— podría paralizarla. Es por demás intolerable que el Tribunal Constitucional pueda inmiscuirse en atribuciones del Poder Constituyente y que siete magistrados resuelvan sobre la sociedad política en contra de los deseos de sus ciudadanos. Todo esto no habla bien de la orientación democrática de la Constitución chilena.

⁵⁷ Cf. nuestra contribución citada *supra*, en nota 4, pp. 165-166 y 194-195.

dificación que corroe al derecho penal chileno, cuanto porque se ha de imprimir a estas cuestiones una vocación de estabilidad, permanencia y realce ante los ojos de la comunidad, notas que sólo pueden procurar los Códigos.

Pero de los tres que aquí entran en consideración (el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Justicia Militar), sólo el de procedimientos es reciente y más fácil de adaptar. Sobrentendido que su reforma dará prioridad a la jurisdicción nacional —el debate de constitucionalidad y los criterios reinantes en el derecho político no permiten aventurar otra cosa—, las modificaciones estarán centradas en la coordinación substantiva de aquélla con la de la Corte y la forma en que ésta recibirá la cooperación, cuando proceda, de la Justicia chilena. En este sentido, especial interés tiene la mudanza del artículo 13 del Código Procesal Penal, relativo al valor en Chile de las sentencias penales extranjeras, que deberá extenderse para abrazar las pronunciadas por la Corte Penal Internacional y su posible ejecución en Chile,⁵⁸ en lo cual habrá menester de modificar, además, los artículos 466-472, relativos al cumplimiento de las sentencias, materia en la que intervienen los tribunales de garantía.⁵⁹ También la exigencia de acomodar la ley interna a todas las formas de cooperación establecidas por el Estatuto tiene su congrua sede en este Código. Todo un arsenal de reformas aguardan ser emplazadas aquí, en la práctica de las pruebas, la comparecencia de testigos y peritos, los allanamientos y decomisos, la protección de personas, etcétera. La variedad de asistencia de mayor envergadura es, ciertamente, la entrega a la Corte de personas requeridas por ella. El Código Procesal Penal sólo regula la extradición entre Estados, de manera que a sus artículos 431-454 será preciso acoplar normas particulares sobre el procedimiento y las condiciones de la entrega, así como una que dé prioridad a la solicitud de la Corte en caso de concurrir con demandas de extradición. Todo ello, reserva hecha de las obligaciones internacionales del Estado.⁶⁰

En cuanto al Código Penal, por entero desprovisto de los crímenes de competencia de la Corte, y al Código de Justicia Militar, que describe sólo algunos crímenes

⁵⁸ La disposición alude sólo a los fallos emanados de tribunales de otros países, no a las jurisdicciones supraestatales.

⁵⁹ La ejecución supondrá reformas, también, a las disposiciones respectivas del Código Penal, principalmente los artículos 79 y 80.

⁶⁰ Como las contenidas en los artículos 297 y 298 del Código de Derecho Internacional Privado, sobre la inmunidad penal de jefes de Estado y diplomáticos extranjeros en el territorio de Chile. Este Código es un tratado multilateral acordado por varios países americanos en La Habana (Cuba), el 28 de febrero de 1928. Obsérvese, empero, que Chile no ha firmado un acuerdo bilateral de inmunidad, al amparo del artículo 98 del Tratado de Roma, con posterioridad a la negociación del último.

de guerra, será imperioso introducir en el primero el genocidio y los crímenes contra la humanidad, y en el segundo, los muchos delitos de guerra que le faltan, tomando como modelo los del Estatuto, pero procurando respetar el mandato de *lex certa*. Habrá que señalarles sus penalidades concretas, en lo que el implacable sistema penal del país ofrece muchas alternativas, como antes dijimos. Siempre en el terreno de los tipos delictivos, será preciso modificar los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal, donde carecen de una rúbrica y agrupación propias, e introducir algunos de inédita estampa, en conformidad con el artículo 70 del Estatuto: los hoy disponibles se limitan a proteger la Administración de Justicia nacional.⁶¹ En lo que respecta a las eximentes, es indicado conceder una nueva redacción a la estrecha fórmula del estado de necesidad en el Código Penal⁶² y dar completa jubilación para estos y todos los demás delitos a su fórmula biológica de la inimputabilidad,⁶³ reemplazándola por una de corte normativo. En fin, a las disposiciones sobre la prescripción del Código Penal y del Código de Justicia Militar se deberá añadir una cláusula relativa al carácter imprescriptible de la acción penal nacida de estos delitos.⁶⁴

Por cierto, la reforma sería grandemente facilitada si llegan a fructificar los trabajos del Foro Penal nombrado por el Gobierno algunos años atrás, comisión que ha emprendido la tarea de una reforma total al Código punitivo y que en 2004 ultimó la parte general de su anteproyecto. Con la salvedad de los crímenes de guerra, que acaso convenga mantener en el Código de Justicia Militar habida cuenta de los destinatarios naturales de las leyes castrenses, ese anteproyecto haría bien en hacerse cargo de los delitos, los elementos de la responsabilidad, las penas y demás reglas del Estatuto de Roma.⁶⁵

⁶¹ Véase nuestro artículo “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, cit., *in fine*. Las nuevas figuras delictuosas son las descritas en las letras c a f del primer apartado del artículo 70 del Estatuto (influencias ilegítimas sobre testigos y funcionarios de la Corte, así como actos de corrupción).

⁶² Artículo 10, número 7.º, que capta sólo el estado de necesidad justificante, con tal de que el bien que se sacrifica sea la propiedad ajena.

⁶³ Artículo 10, número 1.º.

⁶⁴ En todo caso, el artículo 250 del Código Procesal Penal establece que el juez no puede disponer el sobreseimiento definitivo de una causa por delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados. Opinamos, sin embargo, que una regla de esta índole tiene que estar situada, ante todo, en el Código Penal.

⁶⁵ Otro criterio fue sugerido durante el coloquio realizado sobre estos temas en Ciudad de México, a principios del abril del 2005. Entonces los colegas de varios países hispanoamericanos hicieron ver la conveniencia de incorporar los crímenes de guerra al Código Penal, con el doble objetivo de precaver la duplicidad de los tipos, ya que sus sujetos activos pueden ser, también, civiles, y de restringir, en lo posible, la ya de suyo muy dilatada férula de la jurisdicción castrense. De seguirse esta opinión, que terminó por convencer al autor de estas páginas, pasa a ser imperiosa una profunda modificación del Código de Justicia Militar.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

En materia de validez espacial de las leyes punitivas, el ordenamiento chileno, a semejanza de la mayoría de los del mundo contemporáneo, está regido por el principio territorial. Conságralo el Código Penal en su artículo 5.º: “La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”, y lo complementa, en la dimensión negativa del principio, el artículo 6.º: “Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.⁶⁶

Sumamente parco el Código en sus disposiciones sobre la materia, ha sido otro cuerpo legal, el Código Orgánico de Tribunales, de 1943, el que debió ocuparse de darle más acabado tratamiento, para los delitos perpetrados en el extranjero que caen bajo la férula de las leyes chilenas. En homenaje al principio universal, la ley penal del país se aplica, también, doquier sean cometidos, a la piratería y a los delitos “comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias”.⁶⁷ O sea, a pesar de que la legislación chilena no contiene una disposición que indique *expressis verbis* un catálogo de delitos internacionales a los que resulta aplicable (con la única excepción de la piratería), es indiscutible que, “al obligarse Chile por tratados internacionales, a aprehender y juzgar a los que fuera del territorio cometan un delito contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos [...], ello tiene como consecuencia que si, por cualquier razón, los que aparezcan como responsables de alguno de tales delitos se hallaren en nuestro territorio, los tribunales chilenos tendrían jurisdicción para perseguirlos y castigarlos conforme a los preceptos de la legislación nacional”.⁶⁸ De

⁶⁶ Considérese que rige en Chile la clasificación tripartita de las infracciones delictuosas (crímenes, simples delitos y faltas), conforme a los artículos 3.º, 4.º y 21 del propio Código.

⁶⁷ Números 7.º y 8.º, respectivamente, del artículo 6.º del mencionado Código.

⁶⁸ Politoff Lifschitz: *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1997, pp. 150-151. Es más: aun cuando se trate de delitos internacionales que no tengan un equivalente preciso en el derecho interno, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, “no podría excusarse el juez de inculpar por falta de *lex certa*”, en la medida en que los actos que los constituyan sean punibles conforme a los tipos comunes del ordenamiento de la República, pues lo único “decisivo es que el tratado internacional obligue a la persecución del hecho, aunque cometido fuera de sus fronteras, y no únicamente a tipificarlo en la legislación interna” (*idem*, p. 152).

hecho, Chile asumió internacionalmente la obligación de investigar y juzgar el genocidio y los crímenes de guerra por haber ratificado los convenios correspondientes.⁶⁹

El Estatuto de Roma no ha ejercido influencia alguna en esta cuestión. Se desconoce la existencia de proyectos destinados a dar una cabida mayor al principio de justicia cosmopolita, a pesar de los reclamos de la doctrina, que exige una nómina precisa de los delitos comprendidos por él. Las reformas en este sentido son necesarias. Como el Estatuto de Roma no contiene propiamente una obligación de persecución nacional, sino “ofrece más bien la oportunidad de investigar y juzgar a los Estados con jurisdicción sobre los asuntos de que se trate”,⁷⁰ el de Chile debería recoger la invitación —lo que en buena medida ya hizo antes para el genocidio y los crímenes de guerra—, modificando sus reglas de derecho penal internacional. Una reforma futura al Código Orgánico de Tribunales debería indicar, dentro de una lista nominativa de crímenes regidos por el principio de justicia universal, que quedan sometidos a la ley penal chilena los contemplados en el Estatuto de Roma, a menos que el culpable se encuentre en el extranjero y el hecho sea objeto de persecución por la Corte Penal Internacional o por el Estado en que hubiere sido cometido.⁷¹ Si, paralelamente, se mantienen inalterados los artículos 5.º y 6.º del Código Penal, se obtendría, primero, la reafirmación del carácter prioritario de la jurisdicción nacional si el delito fue perpetrado en Chile (principio territorial),⁷² y su aplicación subsidiaria,

⁶⁹ La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1949, fue ratificada el 11 de diciembre de 1953; los Convenios de Ginebra, el 5 de diciembre de 1950, como consignamos *supra*, en el texto, apartado 2.1.1.

⁷⁰ Bascuñán Rodríguez y Correa: o. cit., p. 146.

⁷¹ Una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la del párrafo 143 f de la Ordenanza Procesal Penal, en relación con el párrafo primero del Código Penal Internacional alemanes. Cf. Ambos: “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., pp. (26-31) 27.

⁷² El proyecto gubernamental de reforma a la Constitución se inclina claramente por esta alternativa, en la forma de una preocupación por la actual falta de prioridad del Estado para juzgar crímenes internacionales cometidos en su territorio. En la exposición de motivos se lee que, en tanto Chile no ratifique el Estatuto y adecue su legislación, “cualquiera de sus nacionales puede ser juzgado ante una jurisdicción estatal extranjera, incluso por delitos cometidos dentro del territorio nacional, por el simple hecho de su captura o detención en ese Estado, en virtud del principio de universalidad y de las tendencias imperantes en el orden internacional”; “el Estado a cuya nacionalidad pertenece el inculpaado o en cuyo territorio se cometió el ilícito carece [actualmente] de una garantía de preferencia para el juzgamiento de los hechos y, por ende, aun cuando reclame primacía para su jurisdicción interna, no existe reconocimiento explícito en el Derecho internacional para ello”. “A fin de cuentas —continúa la exposición de motivos—, es en virtud de la complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones estatales que los Estados adquieren competencia para perseguir la responsabilidad penal internacional y, de ese modo, dar satisfacción al interés de la sociedad mundial involucrado en su sanción. Del mismo modo, es en virtud de ese principio que los Estados obtienen un derecho preferente, consagrado normativamente en el derecho internacional, para ejercer sus jurisdicciones nacionales respecto de estos delitos. Por último, de este principio emana también el reconocimiento de la capacidad de un Estado para materializar la responsabilidad penal internacional por medio de la actividad jurisdiccional estatal o interna”.

con preferencia de la extranjera o la de la Corte, si la comisión ocurrió fuera de las fronteras chilenas (principio universal). Tal sería el alcance interno de la frase “el Estado que tiene la jurisdicción”, en el artículo 17 del Estatuto.

4. Conclusiones

Se ha atribuido el retraso de Chile ante el Tratado de Roma a visibles deficiencias y contradicciones ingénitas de la Constitución, es decir, a su ayuno de normas que permitan la apropiada inserción del país como sujeto del vigente derecho internacional y al contraste entre su contenido original y el modificado en 1989.⁷³

Es una apreciación correcta, aunque a efectos de este informe interesa señalar, además, que fuerzas políticamente conservadoras, de arraigo, peso e influjo nada desdeñables, se empeñan en preservar a todo trance los designios de quienes otorgaron la Carta en 1980, con su resistencia a acoger las transformaciones del concepto de soberanía y su enemiga a la tutela internacional de los derechos fundamentales y a la resonancia interna de esa protección, sobre todo si tiene sello penal. Invirtiendo una frase de Jiménez de Asúa, en su comentario a la Constitución republicana española de 1932, el problema reside en que todas las soluciones de la Constitución chilena en los temas fundamentales, y de los gobernantes en los primeros años de su vigencia, son de un acendrado autoritarismo.⁷⁴ De ahí que el noble ensayo de injertarle reformas que atemperen ese espíritu seguirá siendo una empresa imperfecta y yerma, pues los respiraderos de libertad así abiertos estarán obstruidos por un caparazón y un esqueleto odiosos, mientras no se abra paso la convicción de que únicamente el completo derrumbe de este documento permitirá a la comunidad chilena un ajuste de cuentas con su pasado reciente y encaminarse hacia un porvenir más venturoso.

Ni por asomo se quiere significar con esto que para asistir a la ratificación e implementación del Tratado de Roma haya que esperar el reemplazo de la Constitu-

⁷³ Así, Nogueira Alcalá: o. cit., cf. pp. 449, y 464-466.

⁷⁴ *La Constitución política de la democracia española*, Santiago de Chile: Ediciones Ercilla, 1942, cf. p. 74, donde habla, por cierto, del acendrado liberalismo de la Carta republicana.

ción por una votada en asamblea constituyente democráticamente electa. Pero no es menos exacto que en las actuales circunstancias políticas y jurídicas sólo son hacederas soluciones de medias tintas y corto alcance, las que pronto pueden revelarse remedios peores que la propia enfermedad. Esto vaticina una marcha pavimentada de contratiempos al proceso de ratificación, no menos que al de implementación. Lasstrarán el último el escaso eco de los crímenes internacionales en la opinión pública, el afán indisimulado de hacer pasar a un rápido olvido los que se cometió durante el período 1973-1990⁷⁵ y la obsesión cotidiana de las gentes por la criminalidad callejera, con las previsible y desmedidas demandas a los órganos legiferantes. Digámoslo una vez más, para terminar: todo apunta a que la ratificación y la posterior implementación del Estatuto tienen por delante un derrotero borrascoso y de éxito incierto.

⁷⁵ Afán impulsado por todos los poderes públicos y en sus más altas esferas.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: "Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Actualidad penal*, n.º 45, semana 4 al 10 de diciembre de 2000, Madrid: La Ley, pp. 925-948.
- AMBOS, Kai, y Ezequiel MALARINO: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 577-589.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, y Rodrigo CORREA: "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 1, 2002, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 129-160.
- BAZÁN, Víctor: "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 109-162.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general* (3 vols. publicados), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (2 vols.), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2.ª ed., 1992.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "De la extinción de la responsabilidad penal", en el volumen *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "La administración de justicia como objeto de protección jurídica. (Observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)", en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* (2 vols.), Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, t. II, pp. 229-250.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, cit., pp. 163-200.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, número 12, 1994, pp. 165-199.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Constitución política de la democracia española*, Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional de Chile respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., 2002, pp. 449-466.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Derecho penal*. Tomo I (único publicado), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1997.
- POLO GÁLVEZ, Luis Felipe, "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, cit., 2002, pp. 435-447.
- POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho político*, 2 tomos, cuarta edición, revisada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, obra escrita en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002.

COLOMBIA

El Estatuto de Roma y los límites del derecho penal en escenarios de alta conflictividad: el caso colombiano

Alejandro Aponte

1 • Aclaración previa

El trabajo que se presenta a continuación es diverso de los demás trabajos del grupo. Esto, en razón de que en Colombia, luego de la reforma constitucional que ofreció la estructura normativa para la incorporación del Estatuto de Roma al derecho público interno, y luego de las reformas complejas que ha sufrido el Código Penal, con la incorporación prácticamente de todos los crímenes internacionales materia del Estatuto de Roma, no se ha producido nada significativo en relación con la implementación. Sobre todo, no existen normas sobre cooperación, algo muy necesario hoy. En el país se han hecho intentos muy tímidos en relación con la cooperación, pero las coyunturas políticas, los afanes propios del conflicto armado interno, han suscitado otras urgencias y prioridades y los proyectos ni siquiera han sido discutidos de manera elemental. Además, en un trabajo posterior, el grupo de trabajo de profesores latinoamericanos se ocupará específicamente del tema de la cooperación.

Por las razones anotadas y de acuerdo con lo previsto por los editores, se ha evitado caer en repeticiones y en consideraciones, por ejemplo, sobre obstáculos para la implementación y para una ley de cooperación posible, que ya han sido hechas o adelantadas en el primer informe extenso sobre el caso colombiano.¹

¹ Véase Alejandro Aponte: "Informe sobre Colombia", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 201-258.

La discusión más importante que ha tenido lugar en Colombia, relacionada con el Estatuto de Roma y con los crímenes internacionales, se relaciona con la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz, un intento de incorporación de actores armados a la vida civil, ligados a dinámicas de violencia extrema y al conflicto armado interno. Se trata de un ejemplo concreto para ilustrar los dilemas propios de la aplicación (o no aplicación), en la realidad cotidiana, de las normas y dictados del Estatuto de Roma. Por esa razón, se ha considerado pertinente elaborar un trabajo dedicado a este tema, desde la perspectiva del derecho penal internacional y de los avatares que sufre su recepción en el derecho público interno.

2. Presentación

Una vez hecha la aclaración anterior, puede decirse que el presente trabajo constituye una continuación del estudio publicado en el segundo texto producido por el grupo de estudios sobre la implementación del Estatuto de Roma en los diferentes países latinoamericanos, y sobre temas fundamentales del derecho penal internacional.² En aquel trabajo se abordaba el estudio de una iniciativa legislativa presentada por el gobierno colombiano en el año 2003, dirigida a construir una normatividad que sirviera de sustento jurídico al proceso de paz iniciado, por primera vez en la historia de Colombia, con los denominados *grupos de autodefensa* o *grupos paramilitares*. Éstos, ligados al escenario de violencia endémica y de conflicto armado interno que azota al país desde hace más de cuatro décadas, y ligados también a contextos de violaciones masivas de derechos humanos, se encuentran vinculados desde entonces al proceso de paz, y varios miles de sus hombres han entregado las armas y se han desmovilizado.

² Se trata del texto denominado: "Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del 'proyecto de alternatividad penal' en el caso colombiano", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, IBCCRIM, Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen, 2005, pp. 117-150.

El tema más general dentro del cual podía enmarcarse la iniciativa gubernamental era el de la justicia transicional, o también —a partir de un concepto acuñado sobre todo por la literatura alemana en relación con los casos suscitados por los disparos en el muro de Berlín— de la superación del pasado a través de la norma penal (*Vergangenheitsbewältigung*). Pero, en el caso colombiano, los hechos jurídicos y políticos ligados a la noción general de justicia transicional presentan una gran especificidad: no se trata de procesos de transición a la democracia luego de años de regímenes autoritarios, ni de construcción de escenarios democráticos luego de situaciones de eclosión social y política. Se trata, en este caso, de construcción de modelos normativos que buscan, en escenarios de confrontación política, incorporar a la vida civil a actores involucrados en una situación de conflicto armado degradado y que produce consecuencias extremadamente graves, particularmente en miembros de la población civil no combatiente.

Dentro de una institucionalidad que funciona en el contexto de un régimen constitucional democrático, aunque amenazada permanentemente, se busca implementar modelos de justicia penal propicios al tránsito de actores situados por fuera del orden jurídico —no sólo como grupos armados ilegales, sino y, sobre todo, como actores de la guerra— a la vida civil. Con términos de Hobbes, se trata del tránsito de la guerra como negación del Estado al mundo del derecho y de la ley civil. Para el funcionamiento del derecho se requiere la paz como condición fáctica, como lo postula una visión clásica del derecho público en el Estado moderno.

Allí surge una gran tensión que acompaña hoy el caso colombiano: el uso, paradójico, del derecho penal —que presupone la existencia efectiva de la paz como condición fáctica para su funcionamiento— como instrumento de incorporación de actores ligados a escenarios de guerra que constituyen precisamente la negación del derecho; no se trata del uso del derecho penal como un mecanismo de regulación de hechos juzgados tras un tránsito institucional, sino para regular hechos en medio de confrontaciones profundas y de una anomia generalizada. La guerra y el derecho se conjugan una vez más en la historia jurídico-política de Colombia.

Por esa razón, surge inmediatamente la pregunta por los límites del derecho penal como mecanismo de superación de graves situaciones que no sólo han ocurrido en el pasado, sino que ocurren en el presente y que están latentes siempre como amenaza. También por esa razón, además, el caso colombiano debe abordarse con toda suerte de matices y no puede ser asumido con variables o categorías tradiciona-

les. Ello vale muy particularmente en el tema que nos ocupa, para su estudio en función de la justicia penal internacional y del Estatuto de Roma. Es decir, el caso colombiano debe asumirse de acuerdo con las profundas tensiones que en este país se originan, específicamente relacionadas con la necesidad de buscar la paz como anhelo generalizado, y los costos que dicha búsqueda puede ocasionar.

En este trabajo se aborda el estudio de un nuevo proyecto de ley, ésta vez denominada *de Justicia y Paz*. La secuencia de nombres con los cuales se ha bautizado a las diferentes iniciativas expresa también los dilemas que las acompañan: del proyecto de Alternatividad Penal al de Verdad, Justicia y Reparación; de éste, al proyecto (hoy ley de la República) de Justicia y Paz.

¿Puede lograrse una paz con justicia? ¿Siempre debe prevalecer una sobre la otra? ¿La justicia es sólo justicia penal, o es justicia como un todo más complejo? ¿Se puede hablar, en todo caso, de *justicia* —con un acento valorativo y axiológico, en medio de la guerra y de escenarios de crimen generalizado y degradado— o se debe apostar por el esfuerzo puramente decisionista de resolver situaciones de guerra? ¿Hasta dónde va el derecho de un Estado y de una sociedad a buscar mecanismos propios en función de la paz, frente a los dictados de la globalización de los derechos humanos y frente a los compromisos internacionales adquiridos? Éstos son los interrogantes que acompañan las presentes reflexiones.

Antes de responder a estas preguntas se debe aclarar una cuestión central más: las paradojas suscitadas por la guerra y la paz. La paradoja, ya explicada, de que el derecho penal —que para su funcionamiento supone la paz— tenga que aplicarse a situaciones de guerra que son contrarias al derecho ha cruzado el discurso gubernamental, que oscila en todas las direcciones y se contradice de manera permanente. La única manera que tiene el gobierno colombiano de legitimar su empeño en sacar adelante una ley cuestionada por todos, y muy particularmente en el contexto internacional, es la necesidad de desmovilizar actores armados que son hoy combatientes en escenarios de conflicto degradado. No se trata, en este sentido, de meros delincuentes; con éstos no se conversa: simplemente se aplica la ley.

No obstante, el gobierno está obsesionado en negar la existencia del conflicto armado, es decir, en negar la existencia de elementos fácticos —no valorativos ni discursivos— incuestionables y que le dan sentido a su ley. A su juicio, sólo existen actos terroristas y terroristas. Pero con terroristas no se puede negociar; sólo se puede negociar con actores ligados a lógicas de conflicto armado y que no han sido vencidos,

como muy bien lo aclaró en una de las muchas discusiones legislativas el parlamentario jefe de los ponentes. Sólo se negocia con actores ligados a un escenario no meramente delincencial, sino político, y eso ha buscado el gobierno y lo ha hecho el Parlamento colombiano, al aceptar las acciones de estos grupos en el horizonte del delito político. Como se ve, por un lado se niega el conflicto armado, pero por otro se otorga estatus político a la otra parte, para justificar su tratamiento privilegiado y ligado a beneficios. Se trata de contradicciones fuertes, que han dificultado la comprensión de los alcances y límites de esfuerzos muy interesantes y complejos que deben ser evaluados con toda suerte de matices y, buscando, por más difícil que ello sea —ya que se trata de piezas legislativas situadas en las fronteras entre la guerra, el derecho y la política— ser lo más objetivos posible.

2.1. El primer tránsito: de la alternatividad penal absoluta a una sanción penal mínima con verdad, justicia y reparación

La primera versión del referido proyecto de ley fue presentada en agosto del 2003 por el gobierno. Se estructuraba sobre todo a partir de la sustitución de las penas privativas de la libertad por una serie de sanciones que dependían, en un tono muy poco enérgico frente a los actores destinatarios, de su buena voluntad. Se hacía referencia a la prohibición de residir en ciertos lugares, a estar alejados de las víctimas, a la restricción geográfica de la libertad. Las condiciones para acceder a los beneficios reforzaban más la idea de que no se trataba tanto de la imposición de normas por parte de las instituciones estatales, sino de la petición de buena voluntad. Se aludía también a que el condenado se comprometiera a ejecutar actos de reparación de las víctimas, a comparecer ante la autoridad competente, etc. Ése era el tono, y todo ello se dejaba librado al *compromiso*, a que el condenado hubiera “hecho expreso el compromiso de no cometer delito doloso”.

El proyecto reconocía expresamente un hecho incuestionable, la existencia del conflicto armado, y se dirigía a aquellos que estuvieran comprometidos en un proceso de paz. Además, hacía referencia clara al factor territorial, hecho también incuestionable: el Estado colombiano ha sido históricamente sustituido por actores particulares en muy grandes extensiones geográficas. De hecho, la iniciativa, como todo proceso de paz, no sólo ha buscado la incorporación de actores armados a la vida civil, sino al mismo tiempo también la presencia estatal en territorios hostiles a ella. Se trata de

un esfuerzo gubernamental y parlamentario situado en escenarios de conformación estatal, de creación de Estado a la manera de los Estados europeos hace cinco siglos. Es éste el marco en el cual tiene que ser interpretado el proyecto hoy convertido en ley, al que debe agregarse la circunstancia de una confrontación con actores que no han sido vencidos militarmente y, más complejo aún, que al mismo tiempo en que han sido confrontados, han sido aliados en la lucha contrainsurgente.

La comunidad internacional reaccionó duramente contra el proyecto; particularmente la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos con sede en Colombia, que lo calificó como una especie velada de indulto y como una negación expresa de la normatividad del Estatuto de Roma y de obligaciones internacionales contraídas por Colombia.³ La norma del Estatuto de Roma que fue traída a colación en función de la crítica al proyecto, fue sobre todo el artículo 17, en su referencia al colapso sustancial de la administración de justicia (numeral 3.º del artículo 17 sobre admisibilidad de casos). Se decía que se trataba de un Estado colapsado, en la medida en que no podía hacer efectiva la normatividad penal; que no podía aplicar justicia. El punto central de la crítica fue, además, la creación de una situación general de impunidad.

En razón sobre todo de la presión internacional, el gobierno presentó a discusión en el Parlamento un pliego de modificaciones al proyecto inicial. El proyecto —y esto expresamente se sostenía por funcionarios gubernamentales— buscaba salirle al paso al Estatuto de Roma, en la medida en que se trataba de personas efectivamente condenadas, pero las cuales eran beneficiarias de una suspensión condicional de la pena, sometida a condiciones ya enunciadas. De esta manera, siendo efectivamente condenados los actores, la Corte no tendría competencia. Ante este argumento, se esgrimían los dictados del artículo 20 del Estatuto, sobre cosa juzgada (sobre ello se volverá en su momento).

Así, al argumento del posible colapso sustancial —que se manifiesta con una aplicación meramente formal o simbólica y no sustancial de la ley penal— se sumaba el argumento de la cosa juzgada; además, el hecho todo se vería como una expresión de falta de voluntad del gobierno para someter a los actores sindicados de delitos que son crímenes internacionales.

³ El estudio en detalle de la actividad del la Oficina del Alto Comisionado, en Alejandro Aponte, loc. cit, p. 131.

El pliego de modificaciones, denominado Proyecto de Verdad, Justicia y Reparación, fue un documento más complejo, que trajo algunos cambios importantes, sobre todo a partir de recomendaciones de la comunidad internacional. En este proyecto ya no existía perdón absoluto; se hacía referencia a “penas alternativas”, que irían entre los cinco y los diez años. Pero el tema de la proporcionalidad en las penas fue el que siguió generando gran discusión. Este proyecto, que podía denominarse también como de *alternatividad relativa o relativizada*, incluía la creación de un Tribunal de Verdad, Justicia y Reparación con gran confusión de funciones; a las propias de una comisión de verdad —a la cual se ha opuesto reiteradamente el gobierno— mezclaba las de un tribunal propiamente penal.⁴ Implicó adelantos en relación con los derechos de las víctimas, mientras que el tema general de la reconciliación y la tendencia hacia una justicia restaurativa comenzaron a adquirir más importancia. Pero siguieron en pie las mismas observaciones de la comunidad internacional, especialmente en cuanto a la desproporción de las posibles sanciones y en relación con una estructura normativa más acorde con los derechos de las víctimas.

2.2. Multiplicidad de proyectos e iniciativas. Caos y dispersión en torno a una posible salida jurídica para los dilemas de la paz y la justicia

En el año 2004, fecha en que se presentó el pliego de modificaciones al proyecto inicial, no se concretó ninguna otra iniciativa legislativa; mientras tanto, el proceso de paz con los grupos de autodefensas seguía su curso, con un monitoreo permanente de la OEA, con una zona desmilitarizada en la cual se han concentrado líderes de dichos grupos, y soportando toda suerte de altibajos y dificultades. Una de ellas: se insistía en que un hecho seguía su curso sin que se estableciera un marco jurídico adecuado, no meramente político, para darle cabida y sustento. Varios cientos de paramilitares se desmovilizaban y entregaban las armas sin que existiera un marco jurídico apropiado para ello.

En febrero de 2005, el tema de un proyecto de ley que propiciara dicho marco normativo cobró renovada fuerza, pero el caos ha sido la constante en la discusión

⁴ Las diferencias entre las funciones de juzgamiento propiamente dichas y las funciones de hallazgo de la verdad, de reparación, de restitución de la dignidad de las víctimas, es cada vez más importante hoy, cuando en relación con la justicia penal se abre paso con mayor vigor la noción de *justicia restaurativa*. Sobre ello, en el caso particular que se estudia, Alejandro Aponte, loc. cit., p. 141 ss.

político-jurídica. Este caos se ha expresado en la proliferación de proyectos presentados por diversos congresistas provenientes de diversas tendencias políticas e incluso en la existencia de dos proyectos presentados por el propio Poder Ejecutivo: de un lado, el proyecto del Ministerio de Justicia y, del otro, el proyecto presentado por la oficina del denominado comisionado de Paz, funcionario que ha sido muy activo en todo el proceso de paz y de desmovilización de los grupos de autodefensa, y blanco de toda suerte de críticas. En un momento dado se habló, incluso, de la posible renuncia de este funcionario, y era claro que ella obedecería un consenso tan precario en torno a hechos fundamentales.

En el mes de febrero existían en el escenario político y legislativo seis proyectos diferentes. Los aspectos más debatidos, y que los diferenciaban, tenían que ver, sobre todo, con las posibles penas para actores comprometidos en toda suerte de delitos, y particularmente en delitos que constituyen crímenes internacionales. Mientras el proyecto anunciado por el Ministerio de Justicia hacía relación a una pena de entre cinco y diez años con posibilidad de rebajas adicionales, el proyecto del comisionado optaba por penas de entre cinco y diez años sin más, otros hablaban de beneficios adicionales, y dentro del marco punitivo de cinco a diez años se hacía referencia a mínimos de tres años y en uno de ellos se hablaba incluso de penas de hasta treinta años.

El segundo tema más debatido en los diferentes proyectos fue el de la confesión: en uno se establecía que debía ser completa, en otro se subrayaba más su carácter público y se establecía la pérdida completa de beneficios por omisión en la confesión de ciertos delitos. El tema se debatía entre estos dos extremos.⁵

Otros dos asuntos fueron motivo de regulación diferente y muestran la polarización que existe al respecto. Ellos son el tratamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la noción de reparación. Desde el 2004, el senador Pardo, uno de los más activos en la discusión, venía siendo acucioso en el tema de las víctimas: la necesidad de una reparación más integral, con definición clara de los alcances de la reparación simbólica, con responsabilidad estatal por hechos cometidos por sus agentes, la institucionalización y formalización de una participación más activa de las víctimas en el proceso eran piezas claves de su proyecto. Al final, éste no fue tenido en

⁵ Se trata de un tema especialmente problemático, analizado en el texto del autor que se ha reseñado previamente: Alejandro Aponte, loc. cit., p. 140 s.

cuenta y el senador ha sido uno de los más agudos críticos de la ley finalmente adoptada en julio de 2005.

Durante varios meses el debate nacional se había concentrado más en la iniciativa de este senador, a quien acompañaba una senadora también muy activa en el debate, en la perspectiva de la verdad, la justicia y la reparación; se trataba, además —y esto es fundamental—, del proyecto que había generado mayor consenso en la comunidad internacional y dentro de organizaciones no gubernamentales. También parecía que este proyecto suscitaba cierto apoyo en el propio gobierno. Pero esta armonía entre el proyecto de los senadores y el gobierno era apenas aparente: el comisionado de Paz, aludiendo a que hablaba en nombre propio y no del gobierno, criticó el proyecto, y el propio vicepresidente se refirió a la necesidad de la reconciliación y dijo que el articulado que se discutía era más producto de la presión internacional que de las verdaderas necesidades internas. (Sobre las palabras del viceministro, enmarcadas en el contexto de un congreso en la ciudad de Cali con la asistencia del obispo surafricano Muto, se volverá más adelante.)

Para ese momento, el Ministerio de Justicia formuló su proyecto, y ya entonces el énfasis no radicaba tanto en las nociones de verdad, justicia y reparación que habían sido incorporadas en el pliego de modificaciones del 2004, sino en las nociones de justicia y paz, que desde mayo hasta julio fueron las que guiaron la discusión legislativa. La semana del 7 al 11 de febrero fue de agitación política extrema, de proliferación caótica de iniciativas diversas, de reuniones políticas entre distintas bancadas del Congreso, de seguidores y contradictores del gobierno. En síntesis: el proyecto presentado por el gobierno se convertiría a la postre en la base de la discusión parlamentaria. Pero este proyecto, en una reacción rápida ante innumerables críticas, fue modificado sustancialmente pocos días después. Y no se trató de meras formalidades: las modificaciones fueron numerosas y contienen los temas más polémicos hoy en debate. En quince días los asesores del gobierno y del Ministerio de Justicia, produjeron un nuevo articulado.

3. Del nuevo proyecto a la Ley de Justicia y Paz: un tránsito en profunda discordia

En el presente escrito se da cuenta, de todas maneras, para entender mejor la secuencia reseñada, de ejes principales de la versión inicial de febrero, para luego detenerse más en detalles con el pliego de modificaciones de marzo de 2005. Para resumir el proceso descrito y desde el año 2003, han tenido lugar dos proyectos iniciales y dos pliegos de modificaciones a dichos proyectos. Cerca de doscientos artículos diferentes fueron discutidos en esas iniciativas legislativas y a ellos se suman los nuevos artículos propuestos a la discusión por las plenarios del Senado y de la Cámara. El proyecto fue puesto a disposición del Congreso en sesiones extraordinarias y, como se señaló en un medio, de la ley que comenzaba a discutirse “depende en buena parte el futuro de la paz, o de la guerra en nuestro país”. La expectativa social en torno a él ha sido un hecho central en la discusión.

3.1. Justicia y paz, ¿un equilibrio imposible?

En el mes de febrero de 2005, el gobierno de Colombia presentó un nuevo proyecto de ley, esta vez, denominado Proyecto de Justicia y Paz. El gran dilema que ha acompañado la iniciativa desde el principio se reflejaba de nuevo desde el título mismo del proyecto: ¿es posible conseguir la paz haciendo justicia?, ¿es posible hacerlo en escenario de confrontación degradada y en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos?

Este equilibrio y los dilemas que suscita su búsqueda son el hecho fundamental que ha ocupado el debate parlamentario desde el mes de febrero, y es también este equilibrio, desde la perspectiva que nos interesa aquí, el que determinará la participación de la comunidad internacional y, muy especialmente, las relaciones entre Colombia y los dictados del Estatuto de Roma.

En la perspectiva internacional, el nuevo proyecto se refiere, en el artículo 2.º, al hecho de que su normativa sea interpretada de conformidad con los instrumentos internacionales. Es un hecho nuevo que se coloca a tono, además, con las recientes reformas sustantivas y con el reciente Código de Procedimiento Penal, este sí más concreto, que hacen referencia a la prelación de los instrumentos internacionales.

Una diferencia notoria surge en este proyecto y ha marcado la discusión en el año 2005: el gobierno esta vez niega la existencia del conflicto armado interno; los actores a los cuales hace referencia la norma se conciben como miembros de “grupos armados organizados al margen de la ley”. Como es de suponer, se trata de un hecho con complejas implicaciones, entre otras razones, por la dificultad entonces para aplicar, desde el derecho público interno, las normas que en el Código Penal castigan las infracciones a personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. También, en general, el hecho crea confusión en relación con los posibles crímenes de guerra. Si no hay conflicto, no hay crímenes de guerra, aunque, desde luego, la interpretación del Poder Ejecutivo no será determinante en el momento en que la Corte Penal Internacional, si es el caso, deba conocer de acciones concebidas en el Estatuto como crímenes de guerra.

En todo caso, las normas del Código Penal vigente que se refieren a las infracciones contra el derecho internacional humanitario deben aplicarse, y ello, por supuesto, con independencia de lo que piense el Poder Ejecutivo. A propósito, las normas, que constituyen la incorporación del literal *c* del artículo 5 del Estatuto de Roma —los crímenes de guerra— contienen un elemento normativo extrajurídico, comprobable tácticamente, que es con “ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, y un elemento jurídico, que es la “persona protegida”; también, los bienes protegidos. Ello es lo que deben tener en cuenta el fiscal para la tipificación de la conducta y el juez para la expedición de la sentencia.

En cualquier caso, en el mismo proyecto, el gobierno se refiere a la obligación estatal de “realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por graves violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los grupos armados al margen de la ley”. Además, en el artículo 7, la referencia al conflicto es clara, por lo menos en relación con los actores: “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o autodefensas o una parte significativa e integral de los mismos, como bloques o frentes que bajo un mando responsable, haya mantenido presencia en un territorio, con capacidad de llevar a cabo acciones armadas sostenidas”. Tal como se anotó desde la presentación, el gobierno oscila en todos los frentes; cae en toda clase de contradicciones, especialmente en relación con el estatus de los actores y con la concepción que éste alimenta de los conflictos y de la violencia.

Como se ha dicho, este proyecto fue inmediatamente sometido a revisión, adelantándose el gobierno a críticas seguras. Por esa razón no se analizará en detalle.

No obstante, se dará cuenta aquí de la estructura básica planteada en función de los beneficios otorgados a los actores que hagan dejación de armas y pretendan incorporarse al ámbito civil.

3.2. El estatus de los actores: los dilemas del poder de definición

En relación con las acciones y los sujetos de beneficios, el proyecto diferenciaba entre delitos que pueden ser indultables —en general, en la historia de Colombia, los delitos políticos— y los delitos atroces o especialmente graves (hoy más relacionados con los crímenes internacionales). Así, para los primeros se proponía la resolución inhibitoria, un mecanismo procesal en cabeza de la Fiscalía que inhibe la investigación por esos delitos. El artículo 11 se refería, entonces, a la “resolución inhibitoria para los combatientes comprometidos en la comisión de delitos políticos y delitos menores”. (De paso, con esta norma, se generaba la discusión, planteada de manera concreta por el gobierno en el pliego de modificaciones y que ha hecho parte de un debate arduo, sobre la asimilación de autores como los miembros de grupos de auto-defensa o paramilitares, a delincuentes políticos.)

La decisión procesal estaba sujeta a una serie de condiciones ligadas al comportamiento de los actores, a su decisión de dejar las armas, a la confesión de los delitos, a la restitución de bienes, etc. Entretanto, en el caso de delitos atroces, como han sido llamados en la tradición jurídica colombiana, el beneficio consistía en otorgar la libertad condicional. Es decir, para delitos políticos se inhibía la investigación y para los delitos más graves se ofrecía la libertad, primero en forma parcial, sometida a un periodo de supervisión y de constatación del cumplimiento de los requisitos y condiciones, y luego en forma definitiva. El artículo 18 establecía, entonces, el acceso a la libertad condicional, de esta manera: “[...] antes de la libertad definitiva, en los términos establecidos en los artículos siguientes, cuando haya cumplido dos quintas (2/5) partes de la pena privativa de la libertad que le fuere impuesta en la sentencia. El tiempo de privación efectiva de la libertad en un establecimiento de reclusión no podrá ser superior a diez (10) años ni inferior a cinco (5) años. Si el tiempo de la pena establecida en el Código Penal con rebajas y beneficios es inferior a cinco (5) años, ese periodo será el que se aplicara como pena efectiva [...]”. (La base de esta estructura normativa se mantiene hoy con la nueva ley.)

Si se sigue la secuencia desde el año 2003, se tiene lo siguiente: en ese año se planteó la impunidad absoluta a través de la figura de la alternatividad; en el primer

pliego de modificaciones se proponía una pena de entre cinco y diez años para delitos atroces. Mientras tanto, en el proyecto de febrero de 2005 se establecía el mecanismo de la resolución inhibitoria para delitos políticos y el beneficio de la libertad condicional para delitos atroces, y el máximo de la pena efectiva, cumplida en prisión, sería de diez años y el mínimo de cinco. Veamos qué se planteó en el pliego de modificaciones de marzo de 2005.

Como se ha dicho, el 3 de marzo el gobierno nacional presentó un escrito que modificó todo el proyecto anterior. Se trata de un estatuto complejo, con 67 normas y aspectos muy problemáticos. De tres de ellos se dará cuenta aquí de manera especial. El primero: se insiste en la noción de “grupos armados al margen de la ley” y en no enmarcar el proyecto en el escenario del conflicto armado interno. En segundo lugar, el artículo 64 otorgaba estatus político a los miembros de dichos grupos —en la práctica ello equivale, en la medida en que el elemento fáctico es el proceso de paz con miembros de las autodefensas, en darles a ellos este estatus— y el tercero, un fenómeno complejo de conexidad procesal, de tal forma que eventualmente delitos como el narcotráfico pudiesen estar cobijados por los beneficios.

El proyecto incorporó, además, disposiciones complejas e interesantes relacionadas con el tratamiento de las víctimas, con la noción de justicia restaurativa, etcétera, a las cuales se hará referencia en la parte final de este escrito. En este momento se dará cuenta de los tres aspectos más álgidos, ligados al beneficio correspondiente. Es importante mirarlos en perspectiva, y luego compararlos con la redacción final de la ley, que luego pasó por múltiples filtros y por toda suerte de discusiones acaloradas y de denuncias graves, de presiones de toda índole.

Desde el mes de abril el presidente de la República ha subrayado de manera especial en la inexistencia de conflicto armado interno en el caso colombiano, y en el marco de esa idea se ha ubicado el proyecto, aunque, como se dijo, las normas mismas hacen referencia a violaciones al derecho internacional humanitario.

La confusión entre guerra y política, las relaciones entre guerra y derecho y la politización absoluta del sistema penal vuelven a ser hechos notorios en Colombia. Cabe agregar que la comunidad internacional ha sido enfática en solicitar al gobierno colombiano que no niegue la existencia de un conflicto armado. Por ejemplo, en abril la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó claramente al gobierno para que reconociera una situación fáctica incuestionable, con el propósito de acotar los efectos del conflicto.

No se trata de reconocer estatus político a ningún actor, un viejo temor de los gobiernos colombianos frente a las guerrillas; se trata de crear escenarios propicios para justamente poder castigar aquellas acciones que constituyen infracciones contra el derecho internacional humanitario. De otra parte, también en el mes de abril, luego de la cruenta toma guerrillera de un poblado con amplia población indígena y de feroces combates con el ejército, tanto el procurador general de la Nación como el defensor del Pueblo solicitaron al gobierno que levantara la salvedad del artículo 124 adoptada en su momento, con el propósito de abrir de nuevo las puertas para el eventual conocimiento de crímenes de guerra por parte de la Corte Penal Internacional. Ello presupone, desde luego, la existencia de un conflicto armado interno, en este caso, degradado cada día más. De paso, es necesario recordar que la salvedad adoptada ha sido interpretada por muchos como la primera “trampa” que se le ha hecho al Estatuto de Roma en el caso colombiano.

3.3. El paramilitarismo como sedición: la astucia de la razón instrumental

El proyecto introduce, a través del artículo 64, una norma sin duda audaz: “Sedición. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: “También incurrirá en el delito de sedición quien conforme o haga parte de grupos de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”. Luego, en la redacción final de la norma, se hará referencia, ya explícita, tanto a guerrilleros como a grupos de autodefensa.

En la normatividad penal colombiana, existe de antaño el delito político, con un tratamiento privilegiado. El núcleo de normas que lo componen es, en el caso del Código Penal vigente, el artículo 467, que se refiere a la rebelión, descrita como sigue: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años [...]”. Más adelante el artículo 469 se refiere a la asonada, y establece que aquellos que en forma “tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años”. Por su parte, el artículo 468 que se pretende adicionar, referido a la sedición, dice: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años [...]”.

De esta forma, actores como los grupos de autodefensas, de manera sutil y audaz sin duda, quedarían asimilados a los sediciosos, y el punto de apoyo normativo no sería el hecho de buscar derrocar el régimen —es decir, no serían rebeldes—, sino el de impedir transitoriamente su funcionamiento. Los antiguos aliados a la lucha contrainsurgente, en la medida en que son actores armados y que contra ellos también se ha combatido, serían convertidos en sediciosos. Esta norma no fue aprobada en el debate de las comisiones conjuntas; no se aceptó este carácter de delincuentes políticos, más allá, desde luego, de que sí se acepte, por un elemento fáctico incuestionable, que son actores ligados al escenario político de la guerra. Pero al final, luego de enormes discusiones, sí se aprobó el artículo y hoy se ha modificado el Código Penal.

El tercer problema central en la discusión ha sido generado por el artículo 20, sobre conexidad. Éste hacía referencia, en su primera parte, al hecho de que “para los efectos de la presente ley, se investigarán y juzgarán conjuntamente los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley [...]”. Esto fue interpretado como la posibilidad de establecer conexidad, desde el punto de vista procesal, de toda suerte de delitos —entre ellos el del narcotráfico— con aquellos delitos objeto del beneficio. De tal modo, como los delitos políticos no son objeto de la extradición, entonces los delitos conexos no lo serían, salvando así el problema de la extradición, hecho respecto del cual los Estados Unidos han sido claros en que no cederán por ninguna razón. Varios de los comandantes de los grupos de autodefensas son solicitados en extradición por los Estados Unidos. ¿Cómo seguirá manejando esto un gobierno que ha extraditado decenas de nacionales a ese país?

3.4. De nuevo la discusión sobre el beneficio

Todo el proyecto modificado busca armonizarse con el nuevo Código de Procedimiento Penal. Es el primero que lo hace, y las normas no siempre logran ajustarse a él. La nueva ley lo establece de esta manera, por lo cual se prevé mucha confusión en su aplicación práctica de acuerdo con la nueva normatividad. A ello se suma, además, el hecho de que el nuevo Código se viene aplicando desde enero del 2005, y se han presentado arduos debates en torno a sus nuevas figuras. ¿Cómo será su aplicación, de

cara a una normatividad cargada por todas partes de disposiciones de carácter político y poco consistentes desde el punto de vista dogmático-procesal?⁶

El beneficio central del proyecto modificado radica en la pena alternativa. Ésta es definida en el artículo 30:

Pena Alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos [...]

Debe aclararse que los miembros de las autodefensas han insistido en que, además de este beneficio, se les deben aplicar las normas penales correspondientes a las rebajas, etcétera. Es decir, habría casos en los cuales no se aplicaría ninguna sanción efectiva. Ello sería acorde con lo que han manifestado reiteradamente, en cuanto a que no consienten en la aplicación de pena en establecimiento de reclusión. Para ser claros: los actores del proceso de negociación no quieren ir a la cárcel.

4 ● La nueva Ley de Justicia y Paz

En julio del 2005, luego de enormes debates, de encuentros y amenazas entre diversos parlamentarios, entre algunos de ellos y miembros de las autodefensas, de críticas severas de la comunidad internacional —por ejemplo, de miembros del Congreso norteamericano, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

⁶ El autor de este escrito se desempeña como coordinador académico del denominado Conversatorio Interinstitucional para el Sistema Penal Acusatorio, que es un espacio de discusión dirigido por el Consejo Superior de la Judicatura, con presencia de funcionarios de diversas instituciones y en cual se vienen discutiendo los temas más relevantes en la aplicación de la nueva normatividad procesal. De acuerdo con lo observado en los siete meses que hasta el momento lleva en funcionamiento el sistema, no se ve cómo va a operar la nueva Ley de Justicia y Paz, con base en el Código de Procedimiento Penal. Ello va a generar sin duda un enorme caos, pues no se trata de adaptar de manera automática las nuevas figuras dogmático-procesales, apenas en desarrollo, a una normatividad con origen eminentemente político. Sea de esperarse, no obstante, que todo el sistema no se contamine, con normas muy problemáticas ligadas a la confesión, a los beneficios, etcétera.

para los Derechos Humanos, de numerosas ONG—, luego de toda clase de avatares dentro del mismo proceso de paz —denuncias de violaciones al cese al fuego, captura de un comandante muy importante de las autodefensas y el lío que se armó con el tratamiento que se le debía dar—, luego, en fin, de toda clase de tropiezos, fue aprobada en el Parlamento colombiano una ley denominada Ley de Justicia y Paz.

El 26 de junio de 2005 fue publicado en la *Gaceta del Congreso de la República* el texto definitivo al proyecto de ley n.º 293 de 2005, Cámara de Representantes, y el n.º 211 de 2005, del Senado de la República; se trató de un texto conjunto y conciliado en las dos instituciones. El encabezado del texto reza: “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan disposiciones para acuerdos humanitarios”. La ley fue sancionada por el presidente de la República el lunes 24 de julio.

El objeto de la ley, tal como se anotó desde el principio, que contradice exactamente la negación por parte del Gobierno del conflicto armado interno, es claro:

La presente Ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Como se ha advertido, con delincuentes, simplemente, no se conversa; no se transa, no se entra en consideraciones; menos con terroristas. La única manera de que el Estado y sus instituciones puedan legitimar una ley basada en concesiones y privilegios es la necesidad, no sólo de hallar la paz, sino de desmovilizar actores armados; de construcción elemental de un poder central que ejerza el derecho y aplique la ley, y de un poder central que recoja los impuestos ciudadanos, cosa que el Estado colombiano no ha logrado aún. En todas las discusiones se aceptó la fragmentación territorial, el hecho de que Colombia es un Estado feudalizado, un territorio en disputa, por lo menos en grandes extensiones; de allí el porqué de la existencia de conflicto armado, degradado y ligado a toda suerte de actividades criminales y de violencia común.

El Estado busca —y con la ley el Congreso ha participado de esa intención— tener presencia en territorios vedados para él o en los cuales ha hecho presencia de una manera precaria. En todo caso, hay que tener en cuenta que el propio Estado sigue adelantando acciones armadas contra grupos irregulares, precisamente en función de encontrar una soberanía inexistente. El sólo hecho de que, en el congreso interno celebra-

do por uno de los partidos políticos tradicionales, el jefe único elegido de dicho partido haya señalado varias veces que para su conglomerado, en la lucha por las elecciones propias, no existirán territorios vedados —haciendo alusión a territorios en los cuales hoy permanecen desmovilizados miembros de las autodefensas— muestra claramente la existencia de un territorio feudalizado. Sin entender este hecho no se puede comprender la dinámica o la lógica de una ley como la que aquí se reseña.

5. Estructura básica de la nueva ley

5.1. La alternatividad penal: un beneficio que se preserva

La ley conserva básicamente los aspectos reseñados en el aparte anterior, y que son los que interesan en el contexto de este escrito.

En primer lugar, el artículo 3 establece lo que se denomina *alternatividad*. Se entiende como un “beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiado a la paz nacional, a la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”. Estas condiciones revelan, de hecho, la estructura fundamental de la ley: se otorgan beneficios, se establecen condiciones para ello, ligadas sobre todo al aporte a la paz, es decir, a la desmovilización y a la dejación de las armas; ligadas a la restitución de las víctimas y en el contexto de la justicia restaurativa; también se establecen condiciones para la preservación de la memoria, ligadas de alguna forma a la idea o intención de buscar la verdad. (Hay diversos artículos que se refieren entonces al “derecho a la justicia”, artículo 6, “derecho a la verdad”, artículo 7 y “derecho a la reparación”, artículo 8.)

En esa dirección, el artículo 30 establece la pena alternativa, base del beneficio: “En caso de que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en la presente Ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en la privación de la libertad por un período mínimo de (5) años y no superior a los (8) años, tasada de acuerdo con la grave-

dad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”. Éste ha sido, como se ha dicho, uno de los puntos de mayor discusión. Para entender el contexto en que se ha movido su expedición, vale recordar lo expuesto por el jefe de ponentes de los proyectos: “se trata de actores que no han sido vencidos militarmente”. Pueden discutirse las razones para que ello sea así, y en este sentido las críticas han sido agudas, pero sí le asiste certeza al ponente: no hay victorias militares; por esa razón, en su criterio, no se los puede condenar con las penas altas que las mismas normas establecen para los delitos. Eso sería una ingenuidad, como varios parlamentarios lo anotaron.

Este último punto hay que aclararlo. De acuerdo con la ley, sí se condena efectivamente por el delito cometido, es decir, por ejemplo, por treinta o cuarenta años según el tipo penal, pero la pena que efectivamente se impone es la que oscila entre cinco y ocho años. Sin embargo, sí hay sentencia condenatoria, sí hay juzgamiento y condena. Con ello se vuelve a un aspecto señalado que nos interesa en función del tema del derecho penal internacional: la Corte Penal no tendría competencia, se dice, ya que ha existido efectivamente un juzgamiento, una condena. Se trata, sin duda, de una salida audaz de los asesores del gobierno.

En uno de los incisos, el artículo 30 reseñado establece: “cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se concederá la libertad a prueba por un término igual a la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado [...]”. En seguida, se prevé: “Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal [...]”

Es decir, hay una posibilidad de aplicación de la sentencia efectiva, los veinte, treinta o cuarenta años. Ello, claro, dependerá de circunstancias que no son precisamente jurídicas: del destino mismo del conflicto armado, de la contribución a la paz por parte de los beneficiados, etcétera. Una pregunta surge: ¿Cómo se va a garantizar al beneficiado que en otro gobierno no se le aplique la pena completa? ¿De qué dependerá la evaluación de su contribución a la paz, etcétera, cuando sean otras las condiciones y la coyuntura? La ley, como tal, tiene una vocación de permanencia, pero las condiciones en que se originó son eminentemente políticas y coyunturales: es puro derecho penal político. Otra pregunta: ¿Cómo se moverá la Corte Penal Internacional en el contexto de este derecho penal político?

5.2. Reformas al delito político

Para facilitar todo el proceso, para facilitar la percepción general de los actos cometidos por los actores sujetos al beneficio y para legitimar esa percepción, se ha establecido que sus actos se encuentran concebidos en el horizonte del delito político: se ha reformado el Código Penal en su artículo sobre sedición, tal como se comentó en su momento. El artículo 72 establece que “también incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera en el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”.

Ello permite facilitar también el hecho mismo de la desmovilización. Se ha discutido mucho el hecho de permitir desmovilizaciones individuales; se trataría de hechos confusos y que puede dar lugar a negociaciones individuales con meros delincuentes. Además, el control será más difícil; recuérdese que se habla de unos 15 mil hombres distribuidos en diversos frentes: ya existen, de hecho, cientos de desmovilizados.

5.3. Sobre los hechos cometidos antes de la desmovilización

Un artículo es especialmente problemático: ¿qué pasa con los hechos cometidos que sean conocidos con posterioridad a la concesión de los beneficios? Este punto se discutió arduamente. Finalmente, se estableció que aun esos hechos, que deben ser en todo caso investigados y haber sido cometidos en razón de la pertenencia al grupo armado y antes de su desmovilización (es decir, no se trata de delitos posteriores), tendrían que ser juzgados. Además, como se ha dicho, existe siempre la posibilidad de aplicar la pena principal que una vez se estableció. Lo importante para el análisis es que se puede aplicar la pena alternativa, siempre y cuando se cumplan los requisitos ya comentados.

Ahora bien, la mera posibilidad de que sean imputados hechos que no fueron conocidos en el momento de aplicarse la sentencia desvela otro de los aspectos más discutidos: se trata de la confesión. Éste fue un tema tratado con especial atención por el autor de este escrito en el texto inicialmente reseñado. El artículo 17 establece, más que la confesión, la figura de la versión libre. Así, los miembros del grupo armado, “cuyos nombres someta el gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, rendirán versión libre [...]”. Lo cual quiere decir, además, que, tal

como se ha observado desde el proyecto inicial del 2003, se trata de una justicia penal política adscrita al mando del Poder Ejecutivo: por eso se ha interrogado aquí acerca de cuál será luego, con otro presidente, el destino individual de los beneficiados. Es posible también que en este contexto se entienda por qué el tema se ha politizado tanto y por qué, una y otra vez, se les ha preguntado a los comandantes de las autodefensas su parecer en torno a la posible reelección del actual presidente.

5.4. El problema de la confesión

Por ningún lado aparece en el artículo la noción de *confesión*. Se dice que el fiscal asignado interrogará sobre todos los hechos que tenga conocimiento, pero no se habla de confesión. La razón, según los ponentes, es que ello sería inconstitucional, dado que entrañaría una vulneración al principio de no autoincriminación. Una disyuntiva es clara entonces: a juicio de varios parlamentarios, que incluso abandonaron el recinto de discusión en el momento de votación más álgido, acusando todo el proceso de ser una farsa, no hay manera de conocer nunca qué es realmente lo que sucedió, y la versión libre será la apertura a narrar hechos que se sabe de antemano que serán objeto del beneficio. (Esta discusión toma renovado interés desde el punto de vista del hallazgo de la verdad.)

5.5. El problema de la conexidad de los delitos

Otro tema grande de discusión ha sido el relacionado con los posibles delitos conexos y, en todo caso, la posibilidad de que al amparo de la ley sean beneficiados meros delincuentes comunes, sobre todo narcotraficantes. Los Estados Unidos de América han sido especialmente enfáticos en solicitar la extradición de miembros de las autodefensas ligados a este delito. De hecho, el gobierno colombiano ha suspendido el envío de personas, por la vía de la extradición, vinculadas al proceso de paz. (Como se ha dicho, existe desde hace dos años una zona despejada en la cual habitan comandantes y miembros del grupo armado, de tal forma que las órdenes de captura se encuentran suspendidas.)

El artículo 20 hace referencia a la acumulación de procesos y establece que “se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organiza-

do al margen de la ley”. Luego, la norma establece que en ningún caso puede haber acumulación de procesos por conductas cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado. Habría que ver si esto evita que, efectivamente, no se “cuelen” delitos comunes; en cualquier caso, según parece ser el sentido de la norma, si durante la pertenencia al grupo armado se ha cometido delito de narcotráfico, éste puede estar cobijado por el beneficio; incluso por el hecho de que la ley hace referencia expresa al beneficio cuando se trata de concierto para delinquir, figura en Colombia típica del derecho penal de enemigo, que se suma automáticamente a todas las conductas propias de actores colectivos.

Es de anotar, respecto de Estados Unidos, que un grupo de congresistas de ese país hizo una serie de advertencias y consideraciones que dieron lugar a que las discusiones se extendieran. Incluso, el vicepresidente de la República debía reunirse con varios de ellos, lo que no se concretó, en un hecho que se interpreta como propiciado por la presión de las ONG. (El presidente de la República parece no valorar aún el poder de las organizaciones, aunque varias veces ha tenido serios enfrentamientos con ellas. Hay que decir, no obstante, que el vicepresidente de Colombia ha preservado una actitud de comunicación con las ONG.)

La ley, finalmente, trae una estructura muy compleja e interesante sobre reparación a las víctimas y sobre preservación de la memoria histórica. Este articulado, solo, merece un estudio en profundidad que no es posible adelantar aquí. No obstante, se harán precisiones pertinentes, especialmente sobre el problema de la verdad.

6. Verdad, justicia penal y crímenes internacionales: equilibrios complejos

6.1. La búsqueda de la verdad y la confesión

El argumento de constitucionalidad en relación con la confesión es fuerte, pero hay que matizarlo o, por lo menos, colocarlo en el lugar que corresponde. Desde el trabajo anterior, mencionado al principio de este texto, el autor reseñó la necesidad

de diferenciar muy bien entre la verdad que se busca desde el punto de vista histórico, y la verdad, siempre más reducida, que es posible deducir de la aplicación de la norma penal. Es decir, entre la verdad que puede surgir de una Comisión de Verdad y aquella que surge de un proceso penal.

La reconstrucción probatoria en materia de derechos humanos, con toda suerte de intereses en juego y en disputa, es extremadamente difícil de adelantar. En el trabajo escrito para el primer libro en conjunto, se daba cuenta de la duración excesiva de un proceso penal —uno de decenas de acciones que no son juzgadas nunca—; son años para que se llegue a una verdad mínima. Por esa razón, la idea, ligada al derecho administrativo, de una reparación de carácter integral que parta del reconocimiento estatal de la ocurrencia de hechos violatorios de derechos humanos, toma cada día más fuerza. Por esa razón, además, el problema central de la verdad se plantea por fuera del derecho penal: se trata de reconstruir verdades a partir de consensos que surjan de una auténtica voluntad de esclarecer la historia; no la historia que puede contar el derecho penal, sino la historia que cuentan los pueblos y las personas ultrajadas. El derecho penal es extraordinariamente limitado en este punto.

Cuando se trata de la verdad, en la discusión parlamentaria los ponentes y siempre el gobierno la refieren al problema de la confesión; la convierten en un problema penal. Y allí surgen entonces los límites constitucionales que deben respetarse. Pero ese no es el problema: éste radica en hacer un esfuerzo social conjunto por reconstruir los horrores y hacer que constituyan la memoria —con la vergüenza, además, que a todo pueblo le debe ser propia—, una memoria viva para evitar que dichos horrores vuelvan a producirse.

El artículo 7 de la ley, que se refiere a la verdad, es muy ambiguo. De un lado se dice que “la sociedad y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas del secuestro y desaparición forzada”. Luego se dice que los procesos judiciales deben buscar el hallazgo de la verdad. Al final, aparece una disposición un poco críptica, que no se sabe si constituye un aplazamiento de esa búsqueda o si se deja abierta la posibilidad para que en el futuro se creen verdaderas Comisiones de Verdad. Dice el último inciso de la norma: “Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”.

Algunos autores han interpretado esta fórmula como un aplazamiento *pactado* en la búsqueda de la verdad y son muy críticos de dicha fórmula. Así, por ejemplo, se dice: “La ley aplazó expresamente el mecanismo político del registro de la verdad. A pesar de las razones poderosas que sin duda llevaron a tomar esa decisión, lo único claro por ahora es que el gobierno y el Estado lograron escurrir la responsabilidad de dar la versión oficial de un capítulo oscuro —pero necesario de conocer en toda su dimensión— de nuestra breve y agitada historia”.⁷

En la ley se hace referencia a la preservación de la memoria, pero en relación con la preservación de los archivos, etcétera. No se ha notado, sin embargo, una real voluntad por esclarecer verdades, por hallar *la verdad*. Es muy elocuente que el gobierno haya rechazado siempre la creación de una Comisión de Verdad. No se sabe realmente por qué. Lo que sí es claro es que las discusiones más crudas en el Parlamento se dieron alrededor del problema de la verdad. Para algunos parlamentarios, la esencia del proyecto, hoy ley de la República, no reside tanto en otorgar impunidad, sino, ante todo, en dificultar que por ese medio se reconozca la verdad. Parece que existe un temor generalizado de conocer la verdad. Hay mucho que está en juego; mucho dinero, además.

6.2. Derecho penal, confesión y reconciliación: una triada problemática

En los esfuerzos que en todas las naciones se han adelantado para prohiar una transición democrática, el problema de la verdad ha sido un hecho central. Es el caso de Chile, por ejemplo, que ha sorteado tantos obstáculos para hallar verdades, que enfrentó una Constitución muy ceñida a la voluntad de los antiguos autócratas. El presidente de ese país, Ricardo Lagos, en cuanto al informe de la Comisión sobre Prisión Política y Tortura, ha dicho: “Ésta es una Comisión para investigar la verdad de lo que pasó; no es un tribunal de justicia. Una cosa es decir: ‘esto ocurrió’ y otra decir: ‘estos son los culpables’”.⁸

Nótese que aquí se refuerza la idea que nos ha acompañado sobre la diferenciación entre diversas *verdades*. No obstante, también la verdad, esta verdad amplia, se ha relacionado con el derecho penal. En diversos estudios que dan cuenta de procesos

⁷ Danilo Rojas Betancourt, “De la verdad y otros demonios”, en revista *Semana On Line*, sábado 30 de julio de 2005, p. 1.

⁸ Semanario *El Espectador*, semana del 12 al 18 de diciembre de 2004, p. 14A

de transición muy complejos, se ha aceptado, como en este escrito, el papel restringido del derecho penal en la posibilidad de superar el pasado. Pese a ello, en relación con la verdad y el papel de la confesión sí se ha rescatado una función positiva de ésta para el derecho penal. En el informe sobre Argentina, que hace parte de un gran trabajo de derecho comparado a instancias del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo, se dice, por ejemplo: “[...] se impuso la comprobación de que: por un lado, la elaboración del pasado no es una tarea primordialmente del derecho penal, dado que el derecho penal no constituye un sustituto racional para la confrontación social y política con el pasado, necesaria para el futuro. Por otro lado, sin embargo, el derecho penal no deja de tener influencia en la elaboración del pasado”.⁹

Luego se ligan reconciliación, reconstrucción del pasado y derecho penal. Así, “parece ser sabido que la reconciliación sólo es posible cuando la verdad ha sido descubierta”. Los autores sitúan esta conclusión en el marco del derecho natural, lo cual es problemático, pero ella se rescata aquí en función del tema que se reseñará en el siguiente apartado. Finalmente, se concluye entonces: “En esa medida, el papel del derecho penal también consiste en funcionar como medio coactivo para el descubrimiento de la verdad”.¹⁰ Ésta es la conclusión a la cual llegan algunas personas que en Colombia se acercan al tema.¹¹

Pero no es sólo la restricción de los alcances de la confesión lo que puede obstaculizar el hallazgo de verdades, dentro de la ley, en un sentido puramente penal. Lo son también otras circunstancias. Ya se ha hecho referencia aquí a las desmovilizaciones meramente individuales. De esta manera, para citar un ejemplo, se dice que la “verdad judicial por la que se optó a la postre, que sin duda es un mecanismo idóneo para la averiguación histórica, está rodeada de una serie de circunstancias que no dan buenos augurios. Sólo dos de ellas corroboran este temor: el alud de casos individuales que ahogarán la estructura judicial creada al efecto y los términos extremadamente breves para la investigación y el juzgamiento. Con ello, los fiscales y los jueces no

⁹ Marcelo Sancinetti y Marcelo Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, con la dirección de Jörg Arnold y la coordinación para América Latina de Kai Ambos, Buenos Aires: Hammurabi, p. 55.

¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

¹¹ Es el caso de Claudia Redondo en su escrito de grado. “El derecho a la verdad en el proyecto de ley de alternativa penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 56. La autora insiste en la necesidad de separar las funciones de la verdad en el derecho penal y las propias de una Comisión de la Verdad, pero le concede al derecho penal un papel central en la búsqueda de la verdad.

tendrán más remedio que actuar a las volandas, pensar sólo en los casos, y no en las tantas interconexiones posibles de los mismos, y tomar decisiones que arrojen cifras compatibles con las que se esfuerza mostrar el gobierno con los desmovilizados”.¹²

6.3. Antigua ley de sometimiento y confesión: la verdad como hecho irrelevante

En intentos anteriores que se han adelantado en función de desactivación de máquinas de guerra, también el problema de la confesión fue muy importante. Es el caso de la denominada *política de sometimiento*, con la cual se buscó frenar la violencia del narcotráfico o, más exactamente, del narcoterrorismo urbano. En una decisión muy propia de la tensión weberiana entre una *ética política de convicción* y una *ética política de responsabilidad*, el Ejecutivo, en 1992, se enfrentó a un dilema especialmente difícil: o continuar una “guerra” con actores muy fuertes, o crear un mecanismo de negociación, un acercamiento. Así se ideó, en esta segunda vía, la lógica del sometimiento: se castigaría lo confesado y se desactivarían los grupos.

La selectividad del sistema fue el punto central de la crítica: grandes narcos y terroristas salían a las calles con pocos años de condena. Pero el problema de la verdad no fue tan grave; el problema central no eran las violaciones masivas de derechos humanos: era el terrorismo, el crimen organizado. Por eso los límites de la confesión no era materia de tan arduas polémicas. Ahora, en cambio, el problema sí es el de la verdad, y aquí la ley encuentra un punto de crítica muy fuerte. Incluso, el problema no es el de la impunidad en sí, como ha reiterado la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Colombia; el problema mayor de la impunidad es la relación de ésta con la imposibilidad o incapacidad de hallazgo de la verdad. El otro problema es que toda la estructura tan interesante relacionada con la justicia restaurativa se queda sin piso al faltar el hallazgo auténtico de verdades: no se trata de dádivas o de negociaciones individuales, ni de pura demagogia; hay una estructura normativa sobre justicia restaurativa que no sólo es importante e interesante, sino que viene tomando forma en el contexto general de la administración de justicia. Ella debe aplicarse en condiciones muy claras.

¹² Danilo Rojas, en loc. cit., p. 1.

7 • Reconciliación y derecho penal

En una entrevista muy interesante efectuada al vicepresidente de la República, una vez que el proyecto de ley se presentó a discusión en febrero del 2005, éste, enfatizando una serie de elementos religiosos, criticó el propio proyecto del gobierno y los consensos que alrededor de las presiones internacionales se generaban: a su juicio, los proyectos que existían constituían, en realidad, una política de sometimiento de los grupos de autodefensas, y no de “auténtica reconciliación”. Reparaba en la necesidad, ante todo, de un proyecto con sustentos de carácter moral y no retributivo. Consideraba que las presiones internacionales se hacían de buena fe, pero que eran equívocas: no partían del punto de vista del perdón ni eran aptas para la reconciliación. Insistió en la necesidad del perdón, en la necesidad de que los actores armados hicieran un auténtico ejercicio de contrición, que no es posible con “tribunales” ni actos de “linchamiento”.¹³

Todas las variables más polémicas se cruzan aquí: perdón y olvido, reconciliación, derecho penal, la verdad, los elementos religiosos. Una cosa es clara para el funcionario: poco derecho penal, nada de castigo; el perdón “significa no ir a la cárcel, contar la verdad de los hechos que el actor generó, y eso significa acto de contrición, de repararles a las víctimas algo del dolor que se les produjo. Eso es el perdón”, dijo con vehemencia el funcionario. La antítesis planteada se vive con profunda tensión: es posible la reconciliación sin castigo. Ya vimos que para diversos autores y, con ellos, para la mayor parte de las organizaciones nacionales e internacionales, eso no es posible. Los límites del derecho penal no significan, necesariamente plena impunidad. Hay relaciones, problemáticas pero concretas, entre derecho penal, confesión y búsqueda de la verdad, todo en el horizonte mismo de la reconciliación. Algunos autores hablan, incluso, de “perdones responsabilizantes” para acentuar el papel reconstructivo de la sanción penal.¹⁴ En todo caso, se insiste: ¿cómo es posible la reconciliación sin saber la verdad? Una madre en Sudáfrica puede haber perdonado, quizá más como

¹³ Entrevista de Francisco Santos con Jamid Amat, *El Tiempo*, Bogotá, 12 de febrero de 2005, p. 1.

¹⁴ Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones”, en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Bogotá: Fundación Social, Fescol y Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, 2003, pp. 101 ss.

ciudadana que como madre, pero en todo caso un ejercicio de perdón se adelantó. No obstante, el punto de partida fue siempre la verdad; sin ella, y de manera general, se produce más violencia. Éste es uno de los puntos más débiles, no sólo de la ley en sí, sino de todo el proceso de paz como tal.

8. Corte Penal y Ley de Justicia y Paz: ¿cómo opera el poder de definición en la práctica?

El proyecto de ley en su momento y ahora la ley expedida han recibido críticas desde todas partes; incluso de las mismas autodefensas, que no quieren, en ningún caso, ir a la cárcel. No quieren que se les aplique una ley de sometimiento: son actores en un conflicto y no han sido derrotados. En su momento, uno de los congresistas más activos en la discusión aseguró que el proyecto no le servía a nadie, ni a los actores, ni a las víctimas, ni a la sociedad, ni a la comunidad internacional. Ésta, vigilante siempre, ha sido una de las más militantes críticas de la ley.

El mismo día en que en la Cámara de Representantes se acuñó la versión final del texto de la ley, se aprobó una iniciativa que creaba una comisión especial que debía explicar el proyecto a miembros e instituciones de la comunidad internacional. Por todos los medios, el gobierno ha pretendido explicar los alcances de la ley, situación que algunos han criticado, ya que ello demostraría que se trata de una ley sin un verdadero consenso. El consenso es, en todo caso, eminentemente precario.

En relación específica con la Corte Penal Internacional, en los días más álgidos de la discusión alrededor de la primera iniciativa, entre febrero y marzo del 2005, se conoció una carta del fiscal general de la Corte, dirigida al Estado colombiano, en la cual el funcionario manifestaba su preocupación por la situación general de derechos humanos en Colombia, hacía alusión a casos específicos y resaltaba su preocupación por los proyectos que se discutían en el escenario del conflicto armado. (La Corte Penal lo interpretó como un llamado de atención y un alerta).

Para algunas personas de la comunidad jurídica colombiana, el caso es sencillo: haga lo que se haga, tratándose de crímenes internacionales, la Corte Penal tendría

competencia para juzgarlos. Si el Estatuto, que es un motor que en los diferentes países debe impulsar la lucha contra los más atroces crímenes, no opera en ese país, la Corte tiene competencia. De hecho, en toda la discusión, los mismos miembros de las autodefensas han expresado su temor sobre cuál será el tratamiento que se les va a dar en el futuro, cuando ya no gobierne el mismo presidente con el que han negociado, y el temor es fundado. Más aún lo es frente a la Corte Penal: una persona es condenada en Colombia por cuarenta años y se le aplican en realidad tres o cuatro; la Corte entraría a conocer por la vía de la complementariedad.

Muchos argumentos se han señalado en función de la posible aplicación del Estatuto. Éstos han sido ya evaluados por el autor en el trabajo varias veces citado. Básicamente, se trata de la existencia de un colapso sustancial. Se reconoce que el Estado no ha colapsado totalmente, pero sí en sustancia: es incapaz de capturar a las personas, no aplica la ley penal, suspende la ley temporalmente con fines políticos. Recuérdese que el numeral 3 del artículo 17 establece que “a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido a un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

La norma ofrece muchas y diversas posibilidades, y en algunas de ellas podría ser consecuente la aplicación del Estatuto de Roma. (Serán problemas de interpretación, cruzados por toda suerte de presiones o intereses políticos.)

El otro argumento fuerte que se ha esgrimido es el de la cosa juzgada. En éste ha insistido de manera particular una parte de la comunidad internacional. Recuérdese que el numeral 3 del artículo 20 establece que la “Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal [...] a menos que el proceso en otro tribunal” haya revestido características muy particulares. Por ejemplo, la establecida en el literal *b*, que hace referencia a un proceso que no “hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”. En este sentido, se ha destacado también el preámbulo del Estatuto de Roma, que se refiere de manera particular a la situación de impunidad frente a los crímenes internacionales y a la necesidad de superarla.

Nótese que la norma trae una redacción similar a la ya citada sobre complementariedad. La noción de *someter* será fuente de discusión central, sin duda, para la Corte Penal Internacional. Precisamente, en todo el proceso de expedición de la norma se planteó el hecho de si la ley constituía o no una estructura de sometimiento a la justicia. Al final —y esto va a ser clave hacia el futuro— se dejó de hacer referencia a este hecho. En todo caso, no es una ley de sometimiento a la manera como se hizo con los antiguos narcoterroristas urbanos. Según el discurso gubernamental —aunque con toda clase de contradicciones—, se trata de la incorporación a la vida civil de actores armados que pretenden dejar las armas. Se trata, en consecuencia, de la desactivación de una fuente de violencia extrema, de la desmovilización de combatientes en el escenario de conflicto armado. Con una característica central ya enunciada: los actores no han sido vencidos militarmente, como lo subrayó el parlamentario jefe de ponentes en uno de los momentos más agudos de la discusión.

El gran equilibrio que deberá hacer la Corte Penal Internacional será entre sus presupuestos, que de manera relativamente sencilla desde el punto de vista estrictamente jurídico pueden tener lugar para que se aplique el Estatuto, y el legítimo derecho que tiene un Estado, precario y feudalizado, a la desactivación de máquinas de guerra y desmovilización de actores armados. Uno de los grandes desafíos de la Corte será el de generar una jurisprudencia razonable en esta dirección. Un hecho resultará fundamental: las decisiones que en relación con la ley tome el juez constitucional colombiano. Desde ya se anuncian múltiples demandas a la ley y, una vez más en la historia reciente del país, será el juez constitucional el que decida la estructura última de una iniciativa normativa tan compleja. En el ámbito interno, no se percibe mucha esperanza alrededor del proceso de paz en sí; en todo caso, hay un marcado pesimismo alrededor de los costos que se deben pagar por él.

COSTA RICA

Aspectos constitucionales
del ECPI

Paul Hernández Balmaceda

1 • Aspectos generales

En no pocas ocasiones un Estado se compromete internacionalmente a cumplir con una serie de compromisos que le pueden ser exigibles en ese nivel,¹ cuando en la realidad no resulta infrecuente que el proceso se quede en la simple ratificación del tratado, sin que se brinden los instrumentos jurídicos en lo interno que permitan hacer efectivos dichos compromisos, omisión que los vacía de contenido, creando antinomias y lagunas legales.

Esto tiene relevancia desde varios ángulos. Desde la óptica del derecho internacional público se parte del presupuesto de que los tratados se celebran para ser ejecutados y su ejecución presupone, a la vez, que los tribunales nacionales puedan aplicarlos.² Ello implica que ante la comunidad internacional se ha asumido un compromiso, frente al cual, tal y como lo ha dispuesto el numeral 27 de la Convención de Viena de 1969, cuando hay incumplimiento no cabe siquiera alegar como justificación el propio derecho interno.³

¹ Desde vieja data se ha sostenido en la doctrina iusinternacionalista que “El tratado vincula a los Estados porque han consentido en vincularse por él. Por tanto, el tratado es un acto jurídico en el que intervienen voluntades humanas y por esa razón podemos hablar a este propósito del mecanismo convencional o de su carácter operativo. La palabra ‘tratado’, pues, incluye tanto el acto como su resultado, a saber: la norma” (Chailley, 1932: 110).

² En igual sentido: Reuter, 1999: 34.

³ “El principio básico que opera en estos casos es que el derecho internacional público permite que el derecho constitucional de cada Estado solucione los problemas derivados de la aplicación, por parte de sus tribunales, de las normas del derecho internacional, en particular de las normas que incluye un tratado” (ibídem: 35).

Ya en este plano no es posible, o al menos no es recomendable, esperar hasta que se presente un caso concreto para tratar de dotar al operador jurídico de los instrumentos que conviertan el tratado en algo más que un simple enunciado general de principios y obligaciones.

En el ámbito interno parece ser la tónica que a tales tratados, por tener un carácter internacional, se los mire como algo alejados de nuestra realidad cotidiana, olvidándose el hecho de que son normas que establecen una serie de compromisos en diversos ámbitos, uno de los cuales es precisamente su aplicación en el ámbito interno. Esto tiene incidencia indudablemente en la política-criminal, que a su vez delinea la forma de aplicación dentro del sistema de administración de justicia de los compromisos internacionalmente asumidos.⁴

En todo caso, frente a un tratado internacional el enfoque que desde la órbita interna se pueda llevar a cabo comprendería aspectos de constitucionalidad, de legalidad (positiva u omisiva), de fondo o de forma (procesal, normas de cooperación). En esta ocasión nuestro interés será enfocar algunos de los eventuales cuestionamientos que en el orden constitucional interno de Costa Rica se le han hecho al ECPI y cómo se han ido solventando.

El Estatuto de Roma fue firmado por el Poder Ejecutivo el 7 de octubre de 1998; la Sala Constitucional de Costa Rica votó favorablemente acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva previa⁵ del proyecto de aprobación del tratado en resolución de catorce y cincuenta y seis horas de 1 de noviembre de 2000; a su vez, fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y finalmente ratificado por el Poder Ejecutivo el 7 de junio de 2001.⁶

⁴ Para el derecho internacional público ni siquiera es admisible un trato diferenciado o una aplicación parcial de la norma de derecho internacional en el derecho interno, una vez suscrito el tratado. Así: Starozzi, 1999: 137. Un caso concreto se observa claramente cuando el ECPI supedita la intervención de la CPI a la eficacia de la persecución interna de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto (principio de complementariedad).

⁵ Sobre la conveniencia de un sistema previo de control de constitucionalidad de los tratados se sostiene: “[...] una vez que el instrumento internacional en cuestión se encuentre en vigor y plenamente integrado en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad a posteriori, pues —hipotizando—, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que éste es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podría coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales [...]” (Bazán, 2003: 111). Igualmente, acerca del funcionamiento en Costa Rica del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales se puede consultar Lösing, 2002: 106.

⁶ Al respecto: www.Asamblea.go.cr; www.Poder-Judicial.go.cr/despachos/Sala_Tercera; www.iccnw.org; Polo Gálvez, 2002: 443; Hernández Balmaceda, 2003: 262.

Como un balance general de todo este proceso es posible afirmar que en su momento propició una resolución de la Sala Constitucional⁷ y una reforma de la ley penal sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional,⁸ lo que resultó claramente deficitario respecto de los compromisos asumidos, tanto en lo que toca al derecho penal general y especial, como al proceso penal.⁹

En esa primera confrontación del ECPI con la Carta Magna costarricense surgen varios aspectos que reclaman atención, a saber: un primer problema esencial, cual es el de la jerarquía en el ordenamiento interno; posteriormente, el tema de la complementariedad del ECPI; la obligatoriedad en la persecución de los crímenes internacionales; la entrega de nacionales, las inmunidades; y las penas de prisión a perpetuidad.

2. Jerarquía interna del Estatuto

La Sala Constitucional de Costa Rica se planteó tal inquietud en un primer examen de dicha norma convencional, cuando resuelve la consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de Ley de Ratificación del ECPI en el voto 2000-09685, resaltando incluso que en otro precedente (voto 2313-95)¹⁰ se había asentado la jurisprudencia de que en tratándose de derechos humanos los instrumentos internacionales “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman por sobre la Constitución”.

⁷ Consulta preceptiva de constitucionalidad de catorce y cincuenta y seis minutos del primero de noviembre de dos mil sobre el proyecto de Ley de Aprobación del Estatuto de Roma.

⁸ Proyecto de ley publicado para su estudio y debate en la Asamblea Legislativa en el periódico oficial *La Gaceta*, n.º 129 del jueves 5 de julio de 2001, www.imprenal.go.cr, que se convirtió finalmente en ley ordinaria n.º 8272 de 2 de mayo de 2002.

⁹ Sobre las deficiencias del sistema penal costarricense frente al ECPI véase: Hernández Balmaceda, 2003: 259-304. Cabe agregar a lo que ahí se anota que al día de hoy no existe una normativa que realmente implemente el ECPI en el ordenamiento interno costarricense y ni siquiera se ha ratificado el Convenio de Inmunidades y Privilegios de la ECPI, mucho menos una normativa que prevea la implementación del ECPI.

¹⁰ Ambos se pueden consultar en la página www.Poder-Judicial.go.cr, enlace: SCIJ (Sistema Costarricense de Información Jurídica). Igualmente, tal posición la ha esbozado la Sala Constitucional en otros votos —3435-92, 5759-93 y 2313-95— que también pueden ser consultados íntegramente en el enlace mencionado.

No obstante, a la fecha nunca la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición clara y contundente en el sentido de que el ECPI o alguna de sus disposiciones encuadran dentro de la clasificación de un instrumento internacional de derechos humanos, y en consecuencia se extraña un examen acerca de si en realidad en aquel se otorgan mayores derechos o garantías que los que garantiza la Constitución costarricense. Parecería que ello es una tarea pendiente que queda para el juez o para la academia.¹¹ Ello no obsta para que en algún caso concreto en el futuro la misma Sala Constitucional pueda dilucidar el punto.

No se trata de un punto baladí, ya que adoptar una u otra posición implicaría que el ECPI tenga o no un valor supraconstitucional, constitucional o superior a la ley e inferior a la Carta Magna. Aún así en el voto 2000-09685 la Sala Constitucional parece sugerir que podría llegar a tener un valor por sobre la Constitución o a la par de ésta.

En todo caso, e independientemente de cómo se llegue a solventar el punto, el ECPI tiene en el ordenamiento costarricense indudablemente una jerarquía superior a la de la ley ordinaria, de conformidad con lo que dispone nuestra Constitución Política (artículos 7 y 48). Esto significa que prevalece sobre la normativa penal (formal y material).

Por de pronto, podemos afirmar que el valor constitucional o supraconstitucional del Estatuto es un punto que no ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional y que tampoco ha sido analizado ampliamente por nuestra doctrina.

3. Complementariedad

A diferencia del tema de la jerarquía del ECPI, la jurisprudencia constitucional costarricense sí ha adoptado una posición definida con respecto al tema de la complementariedad del Estatuto.

La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva a la que ya hemos aludido,¹² hace referencia a un tema harto conocido, como lo es el principio de complementariedad. Se reitera, y así se establece claramente en el voto ya indicado, que el ECPI es

¹¹ Un pequeño análisis con relación a Costa Rica se puede encontrar en Hernández Balmaceda, 2003: 262; en un ámbito general, Salado Osuna (2000: 267-299) sostiene que el ECPI podría considerarse parcialmente un tratado de derechos humanos.

¹² Voto 2000-09685.

un instrumento internacional que tiene por finalidad crear la Corte Penal Internacional, el cual será un órgano complementario a las jurisdicciones penales nacionales y no un sustituto de éstas.

En ese mismo precedente se establece que la persecución de estos delitos se haría por dos vías: una nacional, cuya competencia es propia de cada Estado, y otra internacional, cuya competencia corresponde a la Corte.

Asume la Sala Constitucional de Costa Rica como algo fundamental para la eficacia del ECPI dos aspectos: la aplicación del principio de complementariedad y la obligación de perseguir los crímenes internacionales. Efectivamente, ambos resultan de vital importancia para su puesta en vigencia, por lo que una apuesta clara a favor de ambos se fija un norte en la interpretación que de aquel puedan llevar a cabo tanto el legislador ordinario como los tribunales.

Tampoco podemos obviar el hecho de que las decisiones que adopta la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes* y su incumplimiento constituye un delito.¹³

4 • Obligtoriedad de la persecución de los crímenes internacionales

Este tema, tampoco pasa por alto cuando se realiza la consulta preceptiva previa de constitucionalidad del proyecto de Ley de Aprobación de ECPI por la Sala Constitucional de Costa Rica. De hecho, se fija una posición importantísima que no deberán pasar por alto los operadores del sistema ni, en especial, el propio legislador.

Tal órgano de control de constitucionalidad en la decisión aludida hace referencia directa al tema de la obligtoriedad de la persecución de los crímenes internacionales. Literalmente en dicho voto se indicó: “[...] estima la Sala que tanto la prevención como la persecución de tales delitos ha sido y es *un deber nacional* respecto del cual ha existido conciencia plena aun desde antes de la ratificación del Estatuto consultado”.

¹³ Así lo establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional (n.º 7135)

Esta posición es conforme a lo que dispone el numeral 1, párrafo 3, de la Carta de la ONU, lo que se ha plasmado en las Convenciones de Ginebra de 1949, en el protocolo adicional 1, en el preámbulo y en el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en variada jurisprudencia internacional pasando por Núremberg o por el Caso *Nicaragua contra Estados Unidos* de la Corte Internacional de Justicia, entre muchos otros instrumentos internacionales y precedentes.¹⁴

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

5. Entrega de nacionales

Este tema, que no deja de ser controvertido, efectivamente suscitó discusión dentro de la propia Sala Constitucional. Ello por cuanto el artículo 32 de la Constitución Política de Costa Rica dispone: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”.

Frente a tal dificultad, la Sala Constitucional argumentó en el sentido de que tal garantía no es absoluta y, por lo tanto, ante la gravedad de los delitos que se pretende perseguir, resulta proporcional y razonable limitarla cuando los fines que se persiguen tienden a garantizar los derechos humanos.

No podría convertirse dicha norma¹⁵ en un impedimento en la lucha por la tutela de los derechos humanos, máxime porque “Al desarrollo de este nuevo orden internacional de protección de derechos no se opone la Constitución; por el contrario, lo propone [...]”, según sostienen los magistrados constitucionales costarricenses en el voto 2000-09685 ya citado.

¹⁴ Al respecto: Garzón Clariana, 1976: 67; Hernández Balmaceda, 2005: 153-154.

¹⁵ El artículo 34 de la Constitución Política costarricense que prohíbe obligar a un costarricense a abandonar territorio nacional.

Hay una apuesta clara en este sentido a favor de la tutela de los derechos fundamentales, donde incluso garantías específicas contenidas en la propia Constitución se limitan, lo que a todas luces es consecuente con un compromiso en la protección de otros derechos y garantías cuya tutela y persecución no deben encontrar obstáculos, ni siquiera en la Carta Magna, ya que ello atentaría contra la dirección que aquella ha fijado claramente en favor de la tutela, de la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, esta posición favorable a la entrega de nacionales no fue unánime; hubo un voto salvado de dos magistrados, quienes consideraron que había una clara antinomia entre el artículo 89 del ECPI y el numeral 32 de la Constitución Política, por lo que la única posibilidad sería que se llevara a cabo la entrega de extranjeros, pero no de nacionales.

6. Las inmunidades

Este tema tampoco pasó desapercibido en este primer enfrentamiento del ECPI con la Constitución de Costa Rica. No se puede obviar, primeramente, que el numeral 27 del Estatuto de Roma preceptúa: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella [...]”. Al respecto el Tribunal Constitucional de Costa Rica optó por una tesis que descarta la existencia de una antinomia, concretamente una inconstitucionalidad con relación al tema de las inmunidades.

A pesar de lo anterior, el análisis que se hace en el precedente aludido se queda bastante corto, ya que, si bien se citan normas que establecen cuál es el procedimiento cuando se persigue penalmente a miembros de los supremos poderes, en realidad tales normas lo que disponen es cuál es el procedimiento a seguir en lo interno.¹⁶ Para la Sala

¹⁶ Se hace referencia en el voto 2000-9685 de la Sala Constitucional de Costa Rica a otros precedentes con respecto del tema de las inmunidades o los fueros de improcedibilidad de los miembros de los supremos poderes (votos 428-93; 1072-93) y a lo que disponen los numerales 110 y 121 de la Carta Magna, entre otros, y el numeral 336 del Código Penal.

Constitucional, la existencia de un privilegio de este tipo en nada obsta a que se inicie un proceso en la CPI y a la vez en el ámbito interno se lleve a cabo un proceso de desafuero.

Varios problemas pueden surgir, primeramente, cuando no se levanta el fuero y a su vez en el seno de la Corte Penal Internacional existe un proceso abierto. Sobre ese punto no hay un pronunciamiento concreto de la Sala Constitucional; únicamente se indica que como salvedad no se podría condenar en ausencia del acusado, en tanto eso violentaría garantías constitucionales reiteradas en Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente la garantía del debido proceso.

Sería este el principal obstáculo que no se soluciona y sobre el cual tampoco se brinda luz alguna, por lo que es posible afirmar que en esto caeríamos en un vacío legal.

Al igual que en el voto disidente, en relación con este tema hemos de indicar que, como se mencionó, en el proyecto de Ley de Aprobación del Estatuto¹⁷ se incluye el artículo 3, que dispone que lo preceptuado en el párrafo II del artículo 27 del ECPI no se interpretará en perjuicio de lo que dispone la Constitución Política de Costa Rica en los artículos 101, 110, 121 inciso 9 y 151, que son las reglas en materia de inmunidades.

Hecha esta salvedad en el proyecto de aprobación, el voto de minoría de la Sala Constitucional sostiene que de esta forma se solventaría el problema que para algunos magistrados representa el artículo 27 del ECPI.

Esta posición no prevaleció a la hora de analizar la constitucionalidad del ECPI; aun así, la ley de aprobación del ECPI mantuvo esta limitación.¹⁸ Podríamos considerar, incluso, que esa solución fue poco consecuente con relación a la asumida por la Sala Constitucional en el voto de mayoría, tanto respecto a este tema en particular como en cuanto al fundamento para admitir la entrega de nacionales a la CPI.

Esto así pues este fuero no podría constituirse en un obstáculo y casi un escudo irrestricto que impida la persecución de las graves violaciones a los derechos humanos. Si la garantía de no entrega de nacionales se encuentra limitada porque en una

¹⁷ Ley 8083.

¹⁸ En la ley 8083 de aprobación del ECPI en su artículo 3, se dispuso: "El Gobierno de la República de Costa Rica interpreta que lo preceptuado en el segundo párrafo del numeral 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no se aplicará en perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política, en los artículos 101, 110 y 151, así como en el inciso 9 de su artículo 121"; esto es, las normas internas con respecto a inmunidades.

ponderación de intereses se apuesta claramente por la tutela de los derechos humanos, con mucha mayor razón debería excluirse a tales graves delincuencias del fuero de improcedibilidad que establece la propia Constitución Política nacional, dado que existe una jerarquía, un énfasis o un norte fijado ya por el constituyente y reconocido y reafirmado por el juez constitucional, a favor de aquellos.

7 • Penas a perpetuidad

Otro aspecto que ameritó la atención de los magistrados constitucionales fue el de la posibilidad de aplicar penas perpetuas, como lo preceptúan los numerales 77 y 78 del ECPI. El primer obstáculo constitucional al que se enfrentan tales previsiones es lo que dispone el artículo 40 de la Constitución Política de Costa Rica, que expresamente prohíbe esta clase de penas. Para la Sala Constitucional de Costa Rica es claro que, frente a tal antinomia, lo que salva la eventual inconstitucionalidad de esa previsión del Estatuto es lo que prevé el artículo 80 del mismo cuerpo normativo, en el sentido de que nada de lo dispuesto en la parte VII se podrá interpretar en perjuicio de la legislación interna de los Estados en materia de penas.

Es de esa manera, y únicamente por esa vía, que para la Sala Constitucional de Costa Rica se puede llegar a concluir que tal previsión (artículos 77 y 78 del Estatuto, que prevén la pena de prisión perpetua) no es inconstitucional. Esto tiene un efecto práctico que bien lo hizo ver el voto minoritario: no podría hacerse entrega a la ECPI del perseguido si no se brindan las garantías suficientes de que no se aplicará una pena de ese tipo, en tanto la Constitución Política costarricense la prohíbe.

Bibliografía

- BAZÁN, Víctor: "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- CHAILLEY, P.: *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, París: Sirey, 1932.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio: "Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, n.º 1, Madrid, 1976.
- HERNÁNDEZ BALMACEDA, Paul: "Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, IBCCRIM, y Universidad de Gotinga, 2005.
- "Costa Rica", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.
- LÖSING, Norbert: *La jurisdiccionalidad constitucional latinoamericana*, trad. de M. Anzola Gil, Madrid: Dykinson, 2002.
- POLO GÁLVEZ, Luis F.: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- SALADO OSUNA, Ana: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Bosch, 2001.
- STAROZZI, Giorlamo: *Il diritto dei trattati*, Turín: Giappichelli, 1999.

1. Introducción

1.1. Consideraciones generales¹

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional² (en adelante, CPI) se ha constituido en un instrumento fundamental para el desarrollo del derecho internacional a fin de lograr una efectiva represión a los violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. De acuerdo con el secretario general de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), la adopción del Estatuto el 17 de julio de 1998 es “un paso gigantesco a favor de los derechos humanos y del imperio de la ley”. Con su entrada en vigor el *1 de julio de 2002*, la CPI se constituye en el primer organismo autónomo de carácter permanente cuyo propósito es investigar y sancionar crímenes internacionales de forma complementaria a la competencia de los Estados.

¹ Extractos tomados de: *Comisión Andina de Juristas: La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima: *Comisión Andina de Juristas*, 2004, 2.ª edición, capítulo 1. *Salvador Herencia Carrasco: La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina: Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Lima: *Comisión Andina de Juristas*, 2005, capítulo 1.

² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. U.N. DOC. A/CONF.183/9 (1998). Para ver el texto completo del Estatuto, así como toda la información relativa a la CPI, <http://www.cajpe.org.pe/rijp>.

Las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial determinaron que la comunidad internacional tomara conciencia de la necesidad de establecer mecanismos que evitaran y sancionaran este tipo de conductas. Sin embargo, es necesario destacar que la obligación de investigar y sancionar crímenes internacionales recae primordialmente en los Estados, los que deberán adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a las disposiciones previstas en el Estatuto y otros tratados internacionales sobre la materia. En este sentido, la Corte sólo asumirá competencia en la medida en que no exista voluntad política o las autoridades nacionales carezcan de los medios necesarios para realizar esta labor.

El establecimiento de la CPI es fruto de un largo proceso de negociación entre los Estados, que tiene sus antecedentes en los Acuerdos de Londres del 8 de agosto de 1945 para la creación de un Tribunal Militar de Núremberg.³ Una vez constituida la ONU se comenzó a debatir sobre la necesidad de elaborar un órgano supletorio de la misma índole. Ya en 1948, la Convención para la Sanción y Prevención del Crimen de Genocidio contemplaba en su artículo VI que las personas acusadas de genocidio serían juzgadas por el Estado donde el acto hubiere sido cometido o, en su defecto, por un tribunal penal internacional.

Ante esta situación, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU recibió el encargo de formular una propuesta sobre la materia, y en 1950 presentó una resolución que posteriormente fue conocida como los Principios de Núremberg. Sobre esta base, se comenzó a elaborar un proyecto de Estatuto, así como un Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.

Sin embargo, la Guerra Fría truncó cualquier debate al respecto hasta 1989. En ese año, el Estado caribeño de Trinidad y Tobago hizo un llamado a la Asamblea General de la ONU para reiniciar el debate en torno a la creación de una corte internacional con la competencia para conocer de delitos de narcotráfico y de terrorismo, entre otros crímenes. Como se puede constatar en el artículo 5 del Estatuto de Roma, ninguno de estos tipos penales fue incluido en la versión final del tratado, pero esta solicitud marcó el inicio de una nueva etapa en el derecho internacional y la administración de justicia.

³ Véase Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero (editores): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.

Paralelamente, se debe tener en cuenta que el contexto político internacional durante la década de los noventa contribuyó significativamente a la consolidación de este proceso. Durante este tiempo, se dio una proliferación de operaciones de mantenimiento de la paz y acciones autorizadas por el Consejo de Seguridad (Irak, Yugoslavia y Haití son algunos ejemplos), incluyendo la creación de tribunales *ad hoc* y órganos mixtos en Sierra Leona y Timor Oriental. Esto no impidió, sin embargo, que hubiera genocidios como en el caso de Ruanda y violaciones masivas a los derechos humanos en Somalia y Sudán. A pesar de las dificultades, esta coyuntura fue determinante para demostrar la necesidad de tener un tribunal internacional competente para investigar a individuos responsables de cometer estos actos contrarios a los principios básicos de dignidad y de respeto a la vida.

Posiblemente el impulso final para el establecimiento de una CPI fue la creación de un Tribunal Ad Hoc para la antigua Yugoslavia⁴ (en adelante ICTY) en 1993 y para Ruanda⁵ (en adelante, ICTR) en 1994. Los cerca de 900.000 muertos causados por los enfrentamientos entre tutsis y hutus, así como la secesión de los Estados que conformaban la Yugoslavia, dejó en evidencia la imposibilidad de que sociedades en transición pudieran administrar justicia por sus propios medios.

Con estos antecedentes, la ONU organizó una serie de reuniones preparatorias a fin de convocar a una conferencia tendiente a la creación de este nuevo tribunal. Esta Conferencia de Plenipotenciarios se llevó a cabo en la ciudad de Roma entre junio y julio de 1998, y en ella participaron representantes de Estados, de organismos internacionales y de organizaciones de la sociedad civil, que el 17 de julio adoptaron el Estatuto de la CPI con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Hasta septiembre de 2005,⁶ 139 Estados han suscrito el tratado y 99 países lo han ratificado.

Sin embargo, el principal aporte del Estatuto de Roma no recaerá en el número de personas que puedan ser juzgadas por este órgano o el beneficio que sus decisiones darán para el desarrollo de la teoría de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. La verdadera contribución se dará en su influencia para la reforma de la administración de justicia de los Estados y en la medida en que los países:

⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución n.º 808 del 22 de febrero de 1993.

⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución n.º 955 del 8 de noviembre de 1994.

⁶ Para ver una lista completa de ratificaciones, ir a <http://www.cajpe.org.pe/rij>.

1. adopten medidas tendientes al reconocimiento de principios generales, de rango constitucional, consagren el deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, evitando la impunidad;
2. establezcan normas específicas para la investigación y sanción de crímenes internacionales, mediante la incorporación de estas conductas en los ordenamientos penales, y
3. creen mecanismos de cooperación judicial cada vez más expeditos, no sólo con la CPI sino también con los demás Estados.

A pesar de que los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra tienen un desarrollo consuetudinario en el derecho internacional, los Estados han sido reticentes en aplicar estas normas sin que haya una incorporación formal por parte de las autoridades nacionales. Esta situación se observa especialmente en los tribunales. De esta forma, “normalmente las cortes nacionales no adoptan medidas para investigar crímenes internacionales únicamente sobre la base del derecho consuetudinario internacional, es decir, si un crimen está delimitado en ese cuerpo jurídico. Estos generalmente requieren o una legislación nacional que defina el crimen y otorgue a los tribunales jurisdicción sobre ella o, si un tratado ha sido ratificado por el Estado, la adopción de una legislación de implementación que permita a estos órganos aplicar integralmente estas provisiones”.⁷

Ante esta situación, la comunidad internacional ha adoptado una amplia gama de tratados con el objeto de hacer frente a este panorama. Tanto la Carta de la ONU como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconocen la importancia del respeto a estas libertades y garantías básicas como elementos inalienables de la persona y rectores del sistema internacional. En este sentido, la Convención para la Sanción y Prevención del Crimen de Genocidio, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes Internacionales, la Convención contra la Tortura, entre otros, son claros ejemplos de una manifiesta voluntad política por proteger los derechos humanos, reconociendo la manifiesta ilegalidad de estas acciones.

⁷ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 303. Traducción libre.

Lo importante del Estatuto de Roma es que reconoce una serie de herramientas e instituciones cuyo origen data de los juicios de Núremberg pero que se ven consolidados con la CPI. Este derecho penal internacional “vincula los conceptos de aplicabilidad *universal* de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional *autónoma* (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público)”.⁸

No hay lugar a dudas de que la Corte ha tenido un gran apoyo de la comunidad internacional. Lamentablemente, solo un número limitado de países ha elaborado normas tendientes a implementar el Estatuto dentro de su sistema legal. En el caso de América Latina, esto se hace más notorio, puesto que, a pesar de las 15 suscripciones y de las 13 ratificaciones de los países de la región, solamente el Perú ha adoptado hasta la fecha una legislación específica sobre mecanismos de cooperación judicial con los órganos de la CPI.

No obstante, varios Estados vienen discutiendo proyectos de ley de implementación en materia de crímenes internacionales, así como formas de cooperación judicial. En algunos casos incluso se han venido discutiendo mecanismos tendientes a la incorporación de reformas constitucionales, no como requisito para la ratificación como ocurrió en Colombia, pero sí para la incorporación de principios de derecho penal internacional en la Carta Política. Sin embargo, este es un largo proceso que requiere el análisis de cada caso concreto y la posibilidad de que estas iniciativas se puedan adaptar a las realidades y contexto de cada uno de los países.⁹

Ecuador y el Estatuto de Roma

La adopción del Estatuto por parte de Ecuador se da en una coyuntura interesante para el país, puesto que el 10 de agosto de 1998 entra en vigencia una nueva Constitución Política. Asimismo, en junio de ese mismo año se adopta un Plan Nacional de Derechos Humanos,¹⁰ de acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993. En

⁸ Kai Ambos: *El nuevo derecho penal internacional*, Lima: ARA, 2004, p. 47.

⁹ Véase Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003.

¹⁰ Véase el decreto ejecutivo n.º 15.227 del 24 de junio de 1998.

este contexto, el Estado ecuatoriano suscribe el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998 y lo ratifica el 5 de febrero de 2002.

La Carta Política tiene un amplio margen de respeto a la vigencia de los derechos humanos en el país: concede una prerrogativa especial a los tratados y fomenta mecanismos de aplicación e implementación de obligaciones internacionales. A su vez, consagra algunas disposiciones relevantes para el derecho penal internacional, tales como la imprescriptibilidad y la nulidad de pleno derecho de las amnistías y los indultos para ciertos crímenes internacionales como el genocidio, la tortura y las desapariciones forzadas, entre otros.¹¹

De esta forma, el artículo 17 establece que “el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.¹²

Esta norma permite que “todos los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos de las personas gocen de rango constitucional y sean directamente aplicables en el territorio ecuatoriano sin necesidad de que alguna ley interna los convierta en derecho interno. En esta situación se encuentran, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Declaración Universal de Derechos Humanos”.¹³ Sin embargo, cabe hacer la diferenciación entre un tratado que consagra derechos humanos y un mecanismo referido a la sanción de conductas que violan estos derechos, los cuales no podrían ser aplicados directamente por los tribunales nacionales si es que no han sido incorporados mediante una ley de implementación.

Sobre esta base, se puede concluir que los instrumentos sobre derechos humanos tienen rango constitucional; los demás tratados tienen una jerarquía superior a la ley pero deben someterse a la Constitución Política. Así, el artículo 163 determina que “las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez pro-

¹¹ Véase el artículo 23, numeral 2 de la Constitución Política de Ecuador.

¹² Véase el artículo 17 de la Constitución Política de Ecuador.

¹³ Roberto Viciano Pastor: “El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de Ecuador”, en Santiago Andrade Ubidia y Julio César Trujillo (eds.): *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Valencia y Corporación Editora Nacional, 2004, p. 68.

mulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.¹⁴

Para la ratificación del Estatuto de Roma, el tratado tuvo que ser sometido al control del Congreso y del Tribunal Constitucional. De acuerdo con la Constitución, el Legislativo tiene facultades para la aprobación previa de un tratado en determinados casos y según su contenido. Teniendo en cuenta el objeto y el propósito del Estatuto de Roma, éste tuvo que pasar por el control parlamentario, puesto que, según el artículo 161, este órgano “aprobará o improbará los tratados que versen sobre: [...] 4) delegación de competencias derivadas de la Constitución o la ley a un organismo internacional o supranacional, 5) derechos y deberes fundamentales y derechos colectivos, 6) compromisos de expedir, modificar o derogar alguna ley”.¹⁵

Es importante precisar que la aprobación del Congreso constituye uno de los requisitos para ratificar un tratado, sin que eso implique ningún aspecto relacionado con su vigencia inmediata en el orden interno, su jerarquía en relación a las normas internas o su conformidad con los conceptos constitucionales. Todos estos aspectos requieren ser estudiados tomando en consideración otras disposiciones normativas y, en especial, la actuación de los órganos jurisdiccionales encargados del control constitucional de las normas jurídicas.

Para hacer este examen, la Constitución de 1998 obliga al Congreso solicitar “el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”,¹⁶ mientras que el artículo 276, inciso 5, señala que corresponde al Tribunal “dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales, previo a su aprobación por el Congreso Nacional”.

En el caso ecuatoriano se ha contemplado el mecanismo de control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.¹⁷ Sin embargo, el pronunciamiento de este órgano tampoco podría haberse traducido en una ratificación del tratado con reservas, teniendo en cuenta la naturaleza y la prohibición establecida en el artículo 120 del Estatuto. En el caso de que el examen del Tribunal hubiese identificado alguna incompatibilidad entre ambos textos, esto habría conllevado a la necesaria reforma constitucional como requisito previo para la ratificación, siguiendo las disposiciones del artículo 162 de la Carta Política.

¹⁴ Véase artículo 163 de la Constitución Política de Ecuador.

¹⁵ Véase artículo 161 de la Constitución Política de Ecuador.

¹⁶ Véase artículo 162 de la Constitución Política de Ecuador.

¹⁷ Véase Tribunal Constitucional, resolución n.º 038-2001-JC del 22 de febrero de 2001.

Como se ha establecido, este procedimiento procura asegurar la supremacía constitucional consagrada en el artículo 272, la cual determina que “la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal”. En este caso concreto, el Tribunal analizó la compatibilidad del Estatuto de Roma con la Constitución, y mediante la resolución n.º 038-2001-TC del 22 de febrero de 2001, que determina su constitucionalidad y autorizando su ratificación por el Legislativo.

En este dictamen, el Tribunal Constitucional analizó los siguientes puntos: a) la competencia de la CPI; b) los principios generales de derecho penal; c) el principio del *non bis in idem*; d) cuestiones relativas a las penas; e) cuestiones relativas a la extradición, y f) las investigaciones en el territorio del Estado.¹⁸ En este caso, el Tribunal llegó a la conclusión de que, pese a que algunas disposiciones del Estatuto deban ser precisadas frente a la Carta Política, tales como la proscripción de la cadena perpetua o la no extradición de nacionales, los principios generales de lucha contra la impunidad y de respeto a los derechos humanos hacen que el tratado pueda ser ratificado sin necesidad de una enmienda constitucional.

Con posterioridad a la ratificación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, el Estado ecuatoriano inició el debate para la adopción de una ley que sirviese de mecanismo para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las obligaciones del Estatuto de Roma. En este sentido, en el 2002 se presentó una propuesta legislativa elaborada conjuntamente entre un organismo de la sociedad civil y una Comisión de la Mujer del Congreso; de tal modo, Ecuador fue uno de los primeros países en formular una propuesta de implementación sobre la materia.¹⁹ Sin embargo, y de manera similar a los demás países del continente, este proyecto de ley no recibió mayor trámite parlamentario, y en la actualidad es necesario revisar la propuesta inicial frente a otras iniciativas parlamentarias sobre el tratado de Roma.

Cabe destacar que, a pesar de que Ecuador tiene fronteras con dos países que han pasado por graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, esta situación no se ha visto reflejada en su ámbito interno. Sin embargo, Ecuador ha atravesado y viene atravesando por una delicada coyuntura política, pero que hasta la fecha no se ha manifestado como una situación de violaciones sistemáticas de derechos humanos. No obstante, en los últimos años se han dado denun-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Véase literal G del presente documento.

cias por esporádicos actos de tortura en dependencias policiales, uso excesivo de la fuerza para controlar protestas y medidas intimidatorias hacia opositores del gobierno.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su *Informe anual* del 2004 su “profunda preocupación la fragilidad institucional del Estado de Derecho en Ecuador. En años recientes, el sistema político ecuatoriano ha sido uno de los más inestables de la región. El promedio de duración de los gobiernos es menor de dos años. Esta situación se ha visto agravada en los últimos meses con la remoción de cinco de los nueve vocales del Tribunal Constitucional, los miembros del Tribunal Supremo Electoral (TSE) y de los 31 jueces de la Corte Suprema de Justicia. La independencia e imparcialidad judicial son elementos esenciales para la protección de los derechos humanos y la vigencia del Estado de derecho. Estos principios subyacen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y han sido reconocidos expresamente como un elemento esencial de la democracia por la Carta Democrática Interamericana. Asimismo, en los últimos meses, se han producido una serie de actos de violencia, hostigamiento y amenazas contra líderes sindicales, sociales, indígenas, políticos, estudiantiles que han expresado su oposición pública a las decisiones anteriormente mencionadas”.²⁰

Asimismo, Más que la necesidad de implementar el Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico interno, el debate en Ecuador sobre la CPI se ha centrado en los últimos años en la presión del gobierno de Estados Unidos por suscribir un Acuerdo Bilateral de Inmunidad, considerando la delicada situación que se atraviesa en la frontera con Colombia, y teniendo como eje del debate la presencia de observadores militares en la base aérea de Manta.²¹

El objeto del presente estudio es analizar el actual marco legal en materia de crímenes internacionales, así como el marco constitucional ecuatoriano que contiene elementos para evitar la impunidad. Complementariamente, se hará una breve aproximación al proyecto de ley presentado a finales del 2002. La conclusión preliminar a la que se llega es que Ecuador debe retomar el proceso de debate de implementación de una legislación penal (tanto sustantiva como procesal) que esté en concordancia con el Estatuto de Roma y demás obligaciones internacionales.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual del 122.º Período de Sesiones. Washington: Organización de Estados Americanos, 2005.

²¹ Véase César Montaña Galarza, “La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 11.º año, 2005, pp. 215-244.

2. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional

La competencia de la CPI ha sido establecida en el artículo 5 del Estatuto de Roma, en la cual se señala que ésta “se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. La misma disposición determina que la CPI tendrá competencia respecto de los siguientes crímenes:

- *Genocidio (artículo 6)*: Matanza, lesión grave a la integridad física o mental o demás conductas cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.
- *Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)*: Asesinato, exterminio, tortura y demás actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.
- *Crímenes de guerra (artículo 8)*: Violaciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 o a sus dos Protocolos adicionales de 1977 en el contexto de conflictos armados internacionales y no internacionales. Cabe destacar que los Estados parte podrán hacer, por una sola vez, una reserva a la competencia de la CPI sobre estos crímenes durante siete años a partir de la entrada en vigor del Estatuto.
- *Crimen de agresión (artículo 5)*: El antecedente de este tipo es el crimen contra la paz, pero en el proceso de negociación del Estatuto no se pudo llegar a un acuerdo sobre su contenido. Por lo tanto, la CPI tendrá competencia sobre este crimen una vez sea tipificado por la Asamblea de Estados parte que se debe realizar siete años después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Puesto que la Corte entró en funcionamiento en julio del 2002, esta reunión se llevará a cabo en el 2009.

2.1. Genocidio

El crimen de genocidio es la peor violación a los derechos humanos, además de una afrenta a la paz y la seguridad internacional debido a que enmarca un serie de actos llevados a cabo para destruir a un grupo determinado. A pesar de haber sido

originalmente considerado como un crimen de lesa humanidad, bajo las figuras de exterminio y de persecución, lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial llevó a la necesidad de crear un tipo penal autónomo con el propósito de prevenir y, en el caso en que esto no fuese posible, sancionar estos hechos como un crimen de derecho internacional.²²

En este sentido, no es extraño que el genocidio haya sido el primer crimen contemplado en el Estatuto. Esta norma es prácticamente una reproducción de la Convención de 1948 y, por lo tanto, no hubo mayor objeción para la aprobación de su texto en la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma. Se debe recordar que una de las propuestas del Estatuto era que solamente el genocidio fuese de competencia automática de la CPI, dejando los crímenes de lesa humanidad y de guerra pendientes de cláusula expresa de autorización. Afortunadamente esa consideración fue desestimada y se otorgó competencia de oficio para estos tres tipos penales.

Se debe destacar el gran detalle por el cual se tipifica el crimen de genocidio tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz (independizándolo de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la paz). A su vez, este crimen puede ser cometido tanto por el Estado y sus agentes como por grupos armados al margen de la ley que tengan como objeto la destrucción total o parcial de un grupo determinado por la Convención.

En el caso de Ecuador, este crimen no está tipificado ni en el Código Penal ni en el Código Penal de la Policía Civil Nacional, a pesar de que la Constitución Política de 1998 establece prerrogativas sobre la imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de amnistías e indultos frente a actos de genocidio. Por lo tanto, un proceso de implementación debería contemplar los elementos mínimos establecidos en los tratados internacionales, además de la facultad de adicionar otros grupos y causales que el legislador considere necesarias.

2.2. Crímenes de lesa humanidad

El artículo 7 del Estatuto de Roma establece la segunda categoría de crímenes de competencia de la Corte: los crímenes de lesa humanidad. Para la CPI, serán considerados crímenes de lesa humanidad las siguientes conductas, siempre y cuan-

²² Véase Comisión Andina de Juristas: o. cit., capítulo 7.

do se realicen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”: a) el asesinato, b) el exterminio, c) la esclavitud, d) la deportación o el traslado forzoso de la población, e) la encarcelación, f) la tortura, g) los crímenes sexuales, h) las persecuciones, a) la desaparición forzada de personas, j) el apartheid, y k) otros actos inhumanos que causen graves sufrimientos.

A diferencia del genocidio, hasta la adopción del Estatuto de Roma, en 1998, no se había logrado sistematizar en un solo texto las diversas conductas que componen este crimen. Sin embargo, ello no impidió que en tratados específicos los Estados consideraran como tal determinados tipos, como la tortura o la esclavitud, entre otros. Cabe destacar que los Estatutos del ICTY y del ICTR contribuyeron en esta labor pero estos no fueron productos de un tratado sino resoluciones del Consejo de Seguridad expedidas en virtud de sus facultades consagradas en el capítulo VII de la Carta de la ONU, referidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Con el Estatuto, los crímenes contra la humanidad adquieren un carácter autónomo frente a otros crímenes internacionales, y pueden cometerse tanto en el contexto de un conflicto armado como por fuera de este.²³ Lo anterior “resulta positivo desde que, si bien pueden coincidir temporalmente con los crímenes de guerra, lo cierto es que podrían presentarse delitos cometidos contra personas no protegidas por las normas de los conflictos armados, actos fuera de un conflicto armado o acciones del Estado contra su propia población civil. De hecho, tanto el desarrollo progresivo de las normas de protección de la población civil durante los conflictos armados como el propio desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos son factores que han contribuido a este deslinde”.²⁴

Los elementos rectores de estos crímenes radican en su perpetración como parte de un *ataque generalizado* o el *plan sistemático* contra la población civil. Es decir, solamente se requiere uno de los dos dispositivos para poder catalogar una conducta como de lesa humanidad. El ataque generalizado implica que una acción u omisión sea reiterada en el tiempo, mientras que el carácter sistemático implica la manifestación de una política o plan de un Estado, de un agente gubernamental o de una

²³ Véase Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, Sala de Juzgamiento, caso *Kordic y Cerkez*, sentencia del 26 de febrero del 2001, párrafo 23. Traducción libre.

²⁴ Elizabeth Salmón: “De la competencia *ratione materiae* prevista en el Estatuto de Roma”, en Elizabeth Salmón (coord.): *La Corte Penal Internacional y sus medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 92.

organización de facto (como un grupo paramilitar o guerrillero), o bien de un ente político, para llevar a cabo tales acciones con el fin de atentar contra la población civil.

En otras palabras, lo generalizado puede ser definido como “lo masivo, frecuente, acción a larga escala, llevado a cabo de forma colectiva con considerable seriedad y contra una multiplicidad de víctimas”.²⁵ A su vez, el carácter sistemático contiene los siguientes cuatro elementos: “(1) la existencia de un objetivo político, de un plan bajo el cual se lleva cabo el ataque o de una ideología para destruir, perseguir o debilitar una comunidad, (2) la perpetración de un acto criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la reiterativa y continua comisión de actos inhumanos vinculados el uno al otro, (3) la preparación y el uso de considerables recursos públicos o privados, sea militar o de otra índole, y (4) la implicación de altas autoridades políticas y/o militares para la definición del plan”.²⁶

En el caso ecuatoriano, la legislación penal aplicable es el Código Penal y el Código Penal de la Policía Civil Nacional. En el marco legal actual,²⁷ el sistema nacional reprime los actos de asesinato, las detenciones arbitrarias, la tortura, así como algunos crímenes de violencia sexual, dejando un amplio campo para la adecuación e implementación de crímenes internacionales.

Asesinato

La figura del asesinato, bajo el derecho penal ordinario, es un homicidio y puede tener diversas circunstancias y modalidades. En el caso ecuatoriano, este se encuentra tanto en el Código Penal como en el Código Penal de la Policía Civil Nacional, criminalizando la protección constitucional al derecho a la vida consagrada en el artículo 23, numeral 1.

²⁵ Tribunal Ad-Hoc para Ruanda, Sala de Juzgamiento, caso *Akayesu*, sentencia del 2 de setiembre de 1998, párrafo 580. Traducción libre.

²⁶ Tribunal Ad-Hoc para la antigua Yugoslavia, Sala de Juzgamiento, caso *Blaskic*, sentencia del 3 de marzo del 2000, párrafo 203. Traducción libre.

²⁷ Véase Bolívar Vergara Acosta: “Informe nacional de Ecuador”, en Kai AMBOS, Ezquiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer 2005, pp. 223-240.

Código

Asesinato

Código Penal

Artículo 448. Se califican de voluntarios el homicidio, las heridas, los golpes y lesiones, mientras no se pruebe lo contrario, o conste la falta de intención por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieron.

Artículo 449. El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.

Artículo 450. Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor extraordinaria, de doce a dieciséis años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1. con alevosía; 2. por precio o promesa remuneratoria; 3. por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento; 4. con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 5. cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; 6. por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; 7. buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; 8. con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer, y 9. como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.

**Código Penal
de la Policía
Civil Nacional**

Artículo 226. Se califican de voluntarios, el homicidio, las heridas los golpes y las lesiones mientras no se pruebe lo contrario o conste la falta de intención, por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o la calidad de los instrumentos con que se causaron.

Artículo 227. El homicidio cometido por un policía civil nacional, con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente; es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.

Artículo 228. Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor extraordinaria, de doce a dieciséis años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1. con alevosía; 2. por precio

o promesa remuneratoria; 3. por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento; 4. con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 5. cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; 6. por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; 7. buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; 8. con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer, y 9. como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.

Sin embargo, su naturaleza individual no la configura como un crimen internacional *per se*, por lo que escapa de la posible jurisdicción de la CPI. Ahora bien, cuando estos actos se cometen a gran escala como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, este se convierte en un crimen de lesa humanidad. En este contexto, y para evitar una doble tipicidad frente al delito especial del homicidio, el asesinato como crimen de lesa humanidad podría ser incorporado únicamente en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

De acuerdo con los Elementos de los Crímenes del Estatuto,²⁸ los componentes de este crimen son los siguientes:²⁹ a) que el autor haya dado muerte a una o más personas, b) que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, y c) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

²⁸ Véase Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: *Elementos de los Crímenes*, adoptado en el primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

²⁹ Elementos de los crímenes, artículo 7.1.a.

Exterminio

Los actos de exterminio no están regulados en la legislación penal ecuatoriana. Por lo tanto, un proceso de adecuación debería tener en cuenta la definición contemplada en el Estatuto, que la establece como “la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”.³⁰

Históricamente, los actos de exterminio son los antecesores del crimen de genocidio. En el Tribunal de Núremberg se condenó a los criminales de guerra nazis por el exterminio de judíos, gitanos y otras minorías realizados en un contexto de persecución por motivos de discriminación política, racial y religiosa.³¹ Posteriormente, estos tipos penales se convirtieron en autónomos y, para el Estatuto de Roma, los actos de exterminio prescinden del elemento discriminatorio; solo debe quedar demostrado su carácter generalizado o sistemático.

Con base en lo anterior, se requerirá la inclusión de este crimen, teniendo en cuenta, como mínimo, los siguientes: a) que el autor haya dado muerte a una o más personas, incluso imponiéndoles condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población, y b) que la conducta haya consistido en un asesinato en masa de miembros de una población civil.³²

Esclavitud

La prohibición de la esclavitud está consagrada en el artículo 23, numeral 4, de la Constitución al establecer que todos los seres humanos tienen el derecho a la libertad y por esto “todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.³³ Sin embargo, esta normativa no tiene una sanción en la legislación penal.

³⁰ Véase el artículo 7.2.b del Estatuto de Roma.

³¹ Véase Comisión Andina de Juristas: o. cit., p. 156.

³² Véase el artículo 7.1.b de los Elementos de los Crímenes.

³³ Véase el artículo 23, numeral 4, de la Constitución Política de Ecuador.

Existen varias prácticas contemporáneas de esclavitud, como la servidumbre por deudas, la trata de personas y otras formas de explotación sexual que deben ser sancionadas como crímenes de lesa humanidad, lo cual implicaría la ampliación del umbral de protección del Estatuto de Roma pero respetando su definición como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.³⁴

Deportación o traslado forzoso de la población

La figura del traslado forzoso de la población es una respuesta del derecho internacional a aquellos actos cometidos, por el Estado o por un grupo armado al margen de la ley, con el propósito de remover de una determinada zona a las personas que habitan o se encuentran en un lugar específico de un país. El desplazamiento forzado se puede dar en el marco de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra.

El problema de este crimen, más allá de su tipificación, es el desamparo y total abandono en que se encuentran las víctimas. Los traslados forzosos se realizan en zonas rurales del interior del país que poseen un valor político y estratégico determinado, por lo que es sumamente raro que éstos se lleven a cabo en los centros urbanos. Generalmente las víctimas acuden a las grandes ciudades en busca de protección, y allí reciben el rechazo social y les es negado todo tipo de asistencia social y médica.

De acuerdo con el artículo 7.2.d del Estatuto de Roma, se entenderá por este crimen la “expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”. Cabe destacar que estos términos no son sinónimos, puesto que la deportación implica la transferencia de una persona o de un grupo de personas entre Estados, mientras que en el traslado forzoso no hay cruce de fronteras.

Para que se configure este crimen³⁵ es necesario: a) que el autor haya deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado

³⁴ Véase el artículo 7.2.c del Estatuto de Roma.

³⁵ Véase Elementos de los Crímenes, artículo 7.1.d.

o lugar, b) que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas, y c) que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia.

Encarcelación u otra forma de privación
de la libertad física en violación de normas fundamentales de
derecho internacional

Como se puede observar, el enfoque dado en el Código Penal de la Policía Civil Nacional refleja la tendencia internacional que ha circunscrito estos actos a aquellos cometidos por servidores públicos (sujeto activo calificado).

Código	Encarcelación u otra forma de privación de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional
Código Penal	No está tipificado.
Código Penal de la Policía Civil Nacional	<p>Artículo 142. Los policías civiles nacionales que, fuera de los casos permitidos por la Ley y reglamentos de la Institución, hubieren arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener, a una o más personas, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años.</p> <p>Artículo 143. Será reprimido con prisión de uno a cinco años el policía civil nacional que retuviere a un detenido o preso cuya libertad haya debido ordenar o ejecutar; y el que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerle a disposición del juez competente, en los casos en que debiera hacerlo.</p> <p>Artículo 144. La prisión será de dos a cinco años, si la detención ilegal y arbitraria ha durado más de diez días; y si dicha prisión hubiere durado más de un mes, el culpable será reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.</p>

Sin embargo, el artículo 7 del Estatuto se refiere a la encarcelación, dirigido a los agentes estatales, así como a otras formas de privación de la libertad física que pueden ser cometidas por particulares, como los grupos armados al margen de la ley.

En este sentido, en 1964 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas presentó un informe en la cual se estableció lo siguiente: “el tér-

mino arbitrario no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. Por consiguiente, [...] el Comité ha adoptado la siguiente definición: la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto de derecho al individuo a la libertad y la seguridad”.³⁶

Por lo tanto, se podría considerar una adecuación normativa de este crimen en la cual se contemplen dos componentes. Una, en el Código Penal, que sancione las conductas que priven ilegítimamente de libertad a las personas. La otra forma sería una normativa especial en el Código Penal de la Policía Civil Nacional, cuando estas prácticas sean cometidas por agentes estatales, debido a que en esta circunstancia se estaría violando un deber especial de protección.

Tortura

La prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* que genera una obligación internacional de investigar y sancionar los perpetradores de estos actos independientemente del lugar en la cual se hayan cometido. Tanto las Naciones Unidas³⁷ como la Organización de Estados Americanos³⁸ han adoptado Convenciones sobre la materia como mecanismos para responder a los excesos de poder cometidos por el Estado. El Estatuto de Roma recoge esta normativa tanto como crimen de lesa humanidad cuanto como crimen de guerra.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2.d del Estatuto de Roma, por tortura se “entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven úni-

³⁶ En: Daniel O’Donnell: *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1.º edición, 1988, p. 125.

³⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución n.º 39/46 del 10 de diciembre de 1984.

³⁸ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985.

camente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”. Cabe recordar que los tratados de carácter universal³⁹ y regional⁴⁰ que se ocupan específicamente de la tortura como violación de derechos humanos establecen la obligación de los Estados de sancionar a los responsables.

En el derecho ecuatoriano, la tortura se encuentra regulada tanto en el Código Penal como en el Código Penal de la Policía Civil Nacional; en este último es una circunstancia de agravación punitiva.

Código	Tortura
Código Penal	<p>Artículo 187. Cuando la persona arrestada o detenida hubiere sufrido tormentos corporales, el culpable será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. La pena será de reclusión menor de seis a nueve años, si de los tormentos hubiere resultado cualquiera de las lesiones permanentes detalladas en el capítulo de las lesiones. Si los tormentos hubieren causado la muerte, el culpado será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.</p> <p>Artículo 205. Los que expidieren o ejecutaren la orden de atormentar a los presos o detenidos, con incomunicación por mayor tiempo que el señalado por la ley, con grillos, cepo, barra, esposas, cuerdas, calabozos malsanos, u otra tortura, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años e interdicción de los derechos políticos por igual tiempo.</p> <p>Artículo 206. Ni la inseguridad de las cárceles, ni lo temible del detenido o preso, ni la conducta rebelde de éste, podrán servir de disculpa en los casos del artículo anterior.</p>
Código Penal de la Policía Civil Nacional	<p>Artículo 29. Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto o la alarma que la infracción produce en la sociedad o en la Institución, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes: 1. Ejecutar el hecho con traición, sobreeseguro, o premeditación, astucia, fraude o disfraz; o recompensa o promesa; o</p>

³⁹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁴⁰ En América existe la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985. En Europa se adoptó la Convención Europea para la Prevención de Tortura y Otros Tratos y Penas Inhumanos Degradantes, aprobada el 26 de noviembre de 1987 en Estrasburgo y en vigor desde el 1 de marzo del 2002.

por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o con ensañamiento, crueldad o tortura, o prolongando el dolor de la víctima.

En este caso se observa el requisito de que los actos de tortura se realicen, se instiguen o se cometan con el consentimiento o aquiescencia del agente estatal. Es decir, se está frente a una clara normativa de derechos humanos en la cual son los Estados los responsables de cometer estas violaciones. Lo anterior obedece a los lineamientos contemplados no solo en las Convenciones específicas sobre la tortura sino también en los tratados regionales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

A pesar de lo anterior, esta limitación no debe ser aplicada en los casos de crímenes de lesa humanidad. Es decir, cuando esté de por medio un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, se debe prescindir del sujeto activo calificado (el agente estatal) y abrir la posibilidad de que particulares *motu proprio* cometan actos de tortura. Esto fue establecido en el ICTY al determinar que el requisito de que esos actos sean cometidos por el Estado “exigido por el derecho internacional de los derechos humanos es inconsistente con la aplicación de la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales reconocidos por el derecho internacional humanitario y por el derecho penal internacional”.⁴¹

Sin embargo, dicha situación debe ser tomada en cuenta para los casos de ataques generalizados o sistemáticos. Para los hechos aislados, la obligación internacional establece sancionar todo acto de tortura cometido por el Estado, pero esto no impide que esta prohibición se haga extensible a los particulares que cometan actos equiparables a torturas. De ahí que una modificación del Código Penal debería contemplar esta dicotomía entre obligaciones frente al derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Crímenes de violencia sexual

El artículo 7.2.g del Estatuto de Roma establece una codificación de las conductas de violencia sexual que se llevan a cabo en el marco de conflictos armados o

⁴¹ Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, Sala de Juzgamiento, caso *Kvočka et al.*, sentencia del 2 de noviembre del 2001, párrafo 139. Traducción libre.

violencia extrema, a las que eleva a la categoría de crímenes de lesa humanidad como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Estos crímenes consisten en la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros tipos de gravedad comparable.

En la legislación ecuatoriana, el título VII del Código Penal, “Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro”, se tipifican la violación, los actos de esclavitud sexual, la prostitución forzada y los abusos sexuales. El título V del Código Penal de la Policía Civil Nacional también reprime estas conductas. En estos casos, de forma similar a la regulación del asesinato, habría que llevar a cabo un proceso de revisión de los delitos ordinarios frente a las obligaciones estatales en derechos humanos y compatibilizar su definición cuando estos actos se perpetren como crímenes de lesa humanidad.

Persecuciones

Este crimen tampoco está tipificado en el Código Penal ecuatoriano. Sin embargo, se podría tomar como base la definición del artículo 7.2.g del Estatuto, el cual consiste en la “privación internacional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o colectividad”. Cabe destacar que, según el acto y el grupo que se esté persiguiendo, la persecución puede ser un crimen contra la humanidad o un crimen de genocidio.

En este caso, si la persecución se da contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso (el dolo especial), se podrá hablar de genocidio. Sin embargo, si este acto está dirigido contra la población civil *in abstracto*, estaremos frente a un crimen de lesa humanidad. De acuerdo con el TPIY, “en el caso de la persecución, el elemento discriminatorio puede tomar varias formas de actos inhumanos y manifestarse en una pluralidad de acciones, incluyendo el asesinato; en el caso del genocidio, este intento debe estar acompañado de una intención de destruir, en todo o en parte, el grupo al cual las víctimas pertenecen. Desde el punto de vista del *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y más inhumana de persecución”.⁴²

⁴² Véase Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, Sala de Juzgamiento, caso *Kupreskic y otros*, sentencia del 14 de enero del 2000, párrafo 636. Traducción libre.

Desaparición forzada de personas

El Estatuto de Roma contempla como desaparición forzada de personas “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.⁴³ El reconocimiento de este tipo como crimen de lesa humanidad cristaliza la *opinio iuris* de los Estados, recogida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana,⁴⁴ en declaraciones de la Organización de Estados Americanos⁴⁵ y de las Naciones Unidas.⁴⁶

Cabe indicar que, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, el marco normativo sobre la desaparición forzada se encuentra regulado de manera especial en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.⁴⁷ Los Estados parte en dicha convención se obligan a sancionar en el ámbito de su jurisdicción interna a los autores del crimen de desaparición forzada. En este caso, la CPI viene a complementar la ineficiencia de las jurisdicciones nacionales en la investigación y la sanción del crimen de desaparición forzada.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que entre el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana existen tres principales diferencias. En primer lugar, teniendo en cuenta que el artículo 7 del Estatuto sólo se configura ante un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, éste se debe perpetrar frente a un número plural de individuos, mientras que para la Convención Interamericana la desaparición forzada se configura mediante la privación de la libertad de “una o más personas”. La segunda diferencia entre ambos textos radica en el sujeto activo de este crimen. Para la Convención Interamericana, éste puede ser realizado por el Estado o por personas que actúen con la “autorización, el apoyo o la aquiescencia” de éste. En el Estatuto de Roma se amplía el

⁴³ Véase artículo 7, numeral 2, literal i del Estatuto de Roma.

⁴⁴ Véase, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de fondo, del 29 de julio de 1988.

⁴⁵ Véase Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: Declaración sobre Desapariciones Forzadas, resolución n.º 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983.

⁴⁶ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas: Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, resolución n.º 47/133 de 18 de diciembre 1992.

⁴⁷ Único instrumento de carácter vinculante que regula este tema en el ámbito americano, adoptado en Belém do Pará el 9 de junio de 1994. Entró en vigor el 29 de marzo de 1996.

sujeto, al contemplar que organizaciones políticas puedan también ser responsables de este tipo de actos. Finalmente, la última diferencia es que para el Estatuto este acto se realiza mediante la “aprehensión, detención o secuestro” de las víctimas, en tanto que para la Convención no importa el método que se utilice.

Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no tipifica el crimen de desaparición forzada, su implementación debería contemplar las obligaciones provenientes tanto del Estatuto de Roma como de los demás tratados internacionales sobre la materia. Asimismo, sería recomendable la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas suscrita por Ecuador el 8 de febrero de 2000.

Apartheid

El *apartheid* es una conducta que se tipifica como crimen internacional a la luz de la política segregacionista durante el régimen de dominación de la minoría blanca en África del Sur. El artículo 7.2.b lo define como los actos inhumanos “cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener este régimen”.

En el Código Penal ecuatoriano, el capítulo VII.1 del título II del libro II del Código Penal contiene sanciones a la perpetración de actos discriminatorios. Sin embargo, la comisión de actos discriminatorios tales como la difusión de ideas, la formación de organizaciones o la incitación al odio racial no constituyen *per se* prácticas de *apartheid*, puesto que para la configuración de este crimen se requiere procurar la dominación sistemática de un grupo sobre otro.

Sobre esta base, se podría contemplar la posibilidad de que éstos puedan ser empleados para establecer una dominación no sólo racial, sino también étnica y religiosa. Teniendo en cuenta el carácter multicultural de Ecuador, es recomendable prever estos hechos, ampliando el umbral establecido por el Estatuto.

Otros actos inhumanos

No hay una tipificación de otros actos inhumanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.3. Crímenes de guerra

El derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) es una de las ramas con más antigüedad del derecho internacional, pero la falta de convicción de los Estados ocasionaron su inaplicación tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial, llevando a las consecuencias que hoy todos conocemos. Ante esta situación, la necesidad de tener un marco jurídico que regulara los conflictos armados llevó a que se adoptasen tratados que fijaran límites a la conducción de las hostilidades con disposiciones que protegieran a la población civil y al personal en combate.

De esta forma, el DIH se puede definir como “el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinarios, específicamente destinado a ser aplicable en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto”.⁴⁸

Pese a que hay antecedentes regulatorios desde mediados del siglo XIX,⁴⁹ hasta la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no se adoptaron medidas concretas orientadas a la consolidación de esta rama en el sistema internacional. La adopción de los dos Protocolos adicionales de 1977, la creación de los TPIY y TPIR, así como la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la CPI constituyen la consolidación de la responsabilidad penal internacional del individuo y la consagración de los crímenes de guerra como crímenes internacionales que generan obligaciones *erga omnes* por ser normas de *ius cogens*.⁵⁰

⁴⁸ Christophe Swinarski, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José: Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 11.

⁴⁹ Véase Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña o los Convenios de La Haya de 1907, en <http://www.caijpe.org.pe/rij>.

⁵⁰ Véase M. Cherif. Bassiouni: “La represión de crímenes internacionales, *ius cogens* y *obligatio erga omnes*”, en *Represión nacional de las violaciones al derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánicos)*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997, pp. 29-55.

En el caso del Estatuto, éste recopila lo contemplado por sus antecesores y complementa estas disposiciones (consideradas como las infracciones graves al DIH) mediante la tipificación de prohibiciones relativas al uso de ciertos medios y armas para hacer la guerra, la protección especial de las misiones humanitarias y el desarrollo de instrumentos adicionales para la protección de la población civil y los prisioneros de guerra.

Teniendo en cuenta que estamos frente a un proceso continuo, el Estatuto de Roma representa el último paso en su regulación, y su contenido se centra en el aspecto más complejo, consistente en la represión internacional de las violaciones al DIH, tanto en el marco de conflictos armados internacionales como no internacionales. En gran medida, se puede afirmar que la CPI es fruto de un histórico proceso de intentos por crear tribunales internacionales con el objeto de castigar a los responsables de violar las leyes y costumbres de la guerra.

En el caso ecuatoriano, el Código Penal Militar de 1961 regula, en el artículo 98, 33 violaciones al derecho internacional entre las cuales se destacan:⁵¹ a) atentados contra los miembros e instalaciones de la Cruz Roja, b) atentados contra civiles y bienes no militares, c) violaciones del cese al fuego, d) la apropiación ilegal de buques, e) los actos de piratería, f) el bombardeo de ciudades, g) la violación de zonas neutrales, h) el uso de armas prohibidas, entre otros. Asimismo, el artículo 99 tiene una cláusula residual que hace extensibles estos delitos cuando se cometan en guerras civiles y éstas fueren aplicables.⁵²

La actual coyuntura internacional se encuentra marcada por conflictos que no necesariamente se amoldan a los parámetros clásicos establecidos por los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales. Ante esto, una posibilidad podría ser la unificación de criterios (la del conflicto armado internacional con el no internacional) puesto que el umbral de protección y de restricciones a los Estados debería ser el mismo, independientemente del tipo de conflicto en que se encuentre involucrado.

Las disposiciones en materia de protección de la sociedad civil y la proscripción de ciertos medios de guerra deben ser las mismas. Desde luego que, por tratarse de normas humanitarias, debería incluirse la cláusula final del artículo 3 común, que expresamente señala que la aplicación de estas normas no afecta la situación jurídica

⁵¹ Véase el artículo 98 del Código Penal Militar de Ecuador.

⁵² Véase el artículo 99 del Código Penal Militar de Ecuador.

de las partes, evitando que grupos rebeldes utilicen esta tendencia con propósitos segregacionistas o que alteren la integridad territorial de los Estados, violando los principios fundamentales de las Naciones Unidas. Ante esta situación, habría que hacer hincapié en que hay figuras que solamente podrían ser exigibles a un tipo de conflicto. Esto es el caso del tratamiento de los prisioneros de guerra, aplicable únicamente a los conflictos entre Estados.⁵³

2.4. Crimen de agresión

Este crimen no tiene tipificación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.5. Otros tipos penales de derecho penal internacional

No hay un mayor desarrollo legislativo sobre la materia.

3. Principios de aplicación del poder punitivo nacional

3.1. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

El Código Penal ecuatoriano establece el principio de territorialidad como norma general. De esta forma, el artículo 5 determina que “toda infracción cometida dentro del territorio de la República, por ecuatorianos o extranjeros, será juzgada y reprimida conforme a las leyes ecuatorianas, salvo disposición contraria de ley”. De la misma forma, esta norma considera que una infracción se cometió en el territorio nacional cuando “los efectos de la acción u omisión que la constituyen deban producirse en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción”. Según estos mismos lineamientos se formula el artículo 18 del Código Procesal Penal.

⁵³ Véase Salvador Herencia Carrasco: o. cit., pp. 150-166.

El principio de territorialidad se hace extensible a aquellos hechos punibles ejecutados “a bordo de naves o aeróstatos ecuatorianos de guerra o mercantes, salvo los casos en que los mercantes estén sujetos a una ley penal extranjera, conforme al Derecho Internacional”. Esta situación también se aplica a las sedes diplomáticas ecuatorianas en el extranjero.

La aplicación extraterritorial de la ley penal nacional se aplica a los nacionales y extranjeros que puedan a llegar alguna de las siguientes conductas: a) delitos contra la personalidad del Estado, b) delitos de falsificación de sellos del Estado o uso de sellos falsificados, c) delitos de falsificación de moneda o billetes de banco de curso legal en el Estado, o de valores sellados, o de títulos de crédito público ecuatorianos, d) delitos cometidos por funcionarios públicos al servicio del Estado, abusando de sus poderes o violando los deberes inherentes a sus funciones, e) los atentados contra el derecho internacional, y f) cualquier otra infracción para la que disposiciones especiales de la ley o convenciones internacionales establezcan el imperio de la ley ecuatoriana.

Llama especial atención el numeral 5.º de la aplicación extraterritorial de la ley ecuatoriana para los casos de atentados contra el derecho internacional. Sin embargo, esta norma no ha sido objeto de mayor desarrollo, pero aun sobre estos supuestos podría ejercerse ante ciertos crímenes internacionales como el genocidio o la tortura, entre otros. Como condición previa, estos tipos penales deberían ser objeto de regulación y, por lo visto en el punto C de este trabajo, la actual legislación solamente establece unos mínimos que deben ser revisados frente a las actuales tendencias en persecución de crímenes internacionales. De la misma forma, se puede entender que la aplicación de esta disposición es subsidiaria a los tribunales con jurisdicción en el lugar de los hechos o, según las circunstancias, de la propia CPI.

3.2. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución

El Código de Procedimiento Penal de Ecuador establece un régimen mixto en lo referido a la obligación de persecución de delitos. En este caso, el artículo 32 clasifica las acciones como a) públicas de instancia oficial, b) públicas de instancia particular, y c) privada.

Teniendo en cuenta las reformas procesales que se han venido llevando a cabo en la región, el Código Procesal Penal ecuatoriano establece en principio la obligatoriedad de perseguir los delitos cometidos en el país, salvo aquellas excepciones establecidas en la ley.

De esta forma, tanto las acciones públicas de instancia particular como la acción privada constituyen esta excepción. En el caso de la acción pública de instancia particular, ésta se inicia previa denuncia de ofendido y es aplicable a los siguientes delitos:⁵⁴ a) violación de domicilio, b) revelación de secretos de fábrica, c) hurto, d) estafa y otras defraudaciones, y e) robo con fuerza en las cosas.

Por su parte, las acciones privadas están circunscritas a los siguientes delitos⁵⁵ y corresponden exclusivamente al ofendido mediante querrela: a) estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, b) rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, c) injuria calumniosa y la no calumniosa grave, d) daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio, e) usurpación, f) muerte de animales domésticos o domesticados, y g) atentado al pudor de un mayor de edad.

Como se puede apreciar, los crímenes internacionales contemplados en el Código Penal ecuatoriano serían acciones públicas de instancia oficial, que no pueden ser convertidos a acciones de instancia particular, puesto que este caso sólo se aplica para los delitos contra la propiedad y los delitos de instancia particular.⁵⁶

4. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

4.1. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma

1. *La conducta punible.* Según el artículo 14 del Código Penal, la infracción es dolosa o culposa. En este caso, la infracción dolosa, puede ser intencional o preterintencional. La acción intencional se da “cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existen-

⁵⁴ Véase el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

⁵⁵ Véase el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

⁵⁶ Véase el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

cia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión”. A su vez, la preterintencionalidad se constituye “cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquél que quiso el agente”.

En este caso, la ley penal requiere los elementos de intencionalidad y de conocimiento de sus actos. Por lo tanto, solamente se sancionan las conductas dolosas, a menos que la ley establezca lo contrario frente a los actos culposos. Así, el artículo 33 determina que se “reputan como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario, excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada de hacerlo”.

2. *Error de tipo y error de prohibición.* En el caso ecuatoriano, se establece el error de prohibición como una circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 29, numeral 8, aplicable a “la rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia”. En este caso se ha optado por sancionar al responsable con la mínima sanción y no como una causal de exclusión de responsabilidad.

Dicha situación genera un régimen diferenciado respecto al régimen general de la CPI, debido a que el artículo 32 del Estatuto permite que el error de derecho sea una causal excluyente de responsabilidad penal si se circunscribe a los actos previstos bajo el régimen de órdenes superiores del artículo 33.

3. *Autoría y participación.* El artículo 41 del Código Penal determina la responsabilidad penal a los autores, los cómplices y los encubridores. En este caso la autoría (artículo 42) puede ser: a) directa (“los que han perpetrado la acción de manera directa e inmediata”); b) por coautoría (“los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la acción”), y c) mediata (“los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables”).

Asimismo, esta norma contempla la figura de instigación. Sin embargo, esta es una referencia general y no contiene la descripción del artículo 25.3.e del Estatuto referido a la instigación directa y pública para cometer genocidio.

Sobre el régimen de complicidad, el artículo 43 lo sanciona cuando éstos “indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos”. El encubrimiento está regulado en una serie de situaciones tales como la destrucción de pruebas, la facilitación de medios para “aprovechar los efectos del delito cometido”, entre otros. Esta normas se circunscriben a los postulados del artículo 25.3.c del Estatuto, que solamente adiciona el término “incluso suministrando los medios para su comisión”, pero que no debería verse como una contradicción entre el tratado y la ley nacional.

Llama la atención en este caso que el artículo 18 del Código Penal establezca que “no hay infracción cuando el acto está ordenando por la ley; o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”. Una regulación similar se encuentra en el artículo 22 del Código Penal Militar, puesto que en este caso “no cometen infracción los que proceden conforme a la ley en cumplimiento de las funciones de su cargo u oficio militar; u obligados por las inevitables y supremas necesidades de la guerra [...]”.

Esta situación hubiese planteado una contradicción con la persecución efectiva de crímenes internacionales, especialmente en la persecución de crímenes de guerra, por ser contraria al artículo 33 del Estatuto de Roma referido al régimen de órdenes superiores. Sin embargo, es parcialmente subsanada por cuanto el artículo 23, numeral 2, de la Constitución determina que para los actos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia no eximirá de responsabilidad la obediencia de órdenes superiores.

4. *Comisión por omisión.* El artículo 11 del Código Penal prohíbe la represión de un acto visto como infracción, si es que éste no es consecuencia de una acción u omisión. En el artículo 12 se determina que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”. Es decir, se debe demostrar una obligación especial de actuar como garante, y esto, para el efecto de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, sería aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas, jefes u otros superiores.

5. *La tentativa.* El artículo 16 del Código Penal establece que “quien práctica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”. Esta disposi-

ción sigue los mismos postulados del artículo 25.3.f del Estatuto, que consagra la responsabilidad penal una vez realizados actos idóneos para la comisión.

En esta misma norma se regula la figura del desistimiento: “si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa”. Finalmente, contempla este mismo artículo 16 el arrepentimiento eficaz, el cual consagra que si el individuo “voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad”.

7. *Determinación de la pena.* El artículo 24, numeral 3 de la Constitución establece que “las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado”. En todo caso, la propia Carta Política proscribe tanto la pena de muerte (artículo 23, numeral 1) como las penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 23, numeral 2).

Cabe destacar que éste fue un elemento de análisis para el Tribunal Constitucional debido a que el artículo 77 del Estatuto de Roma permite la aplicación, en casos de especial gravedad, de la cadena perpetua. Esto habría implicado una contradicción con el artículo 208 de la Carta, que establece que los propósitos del régimen penitenciario tienen “como finalidad la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que la revisión de oficio del artículo 110 del Estatuto de Roma para los casos de cadena perpetua subsanaba esta situación.⁵⁷

8. *Cumplimiento de órdenes superiores y responsabilidad de mando.* Como se había establecido en el numeral 3 de esta sección, tanto el Código Penal como el Código Penal Militar estipulaban que no había delito en los casos de cumplimiento de actos ordenados por la ley o determinados por la autoridad competente. Sobre el cumplimiento de estas acciones, la Constitución Política delimitaba esta situación en el caso de que se cometiesen ciertos crímenes como genocidio y tortura.

⁵⁷ Véase Tribunal Constitucional: o. cit.

Sobre la responsabilidad de mando, el artículo 185 de la Constitución pregonna que las autoridades militares “serán responsables por las órdenes que impartan, pero la obediencia de órdenes superiores no eximirá a quienes las ejecuten de responsabilidad por la violación de los derechos garantizados por la Constitución y la ley”. El artículo 33 del Código Penal Militar es más restringido en su redacción, puesto que concede la responsabilidad del superior sobre sus órdenes y “de los abusos, escándalos y peligros que resultaren de la omisión, negligencia o debilidad en el cumplimiento de sus deberes y de la falta de vigilancia sobre sus subalternos”.

A la luz de lo establecido en el artículo 33 del Estatuto de Roma y una interpretación sistemática de las disposiciones nacionales, no habría una contradicción en su contenido, pero sí sería recomendable establecer esta prohibición general a todos los crímenes de lesa humanidad y de guerra.

9. *Legítima defensa.* En el artículo 19 del Código Penal se considera como causal de justificación la legítima defensa, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) que haya una actual agresión ilegítima, b) que haya una necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y c) que se dé una falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

El Código establece una serie de casos en los cuales se presume la legítima defensa (artículo 20), tales como la defensa contra robos o saqueos ejecutados con violencia o el rechazo de una entrada ilegal a una vivienda, entre otros. Además, regula las situaciones para la legítima defensa de terceros (artículo 21), del honor conyugal y el pudor (artículo 22), y de la propiedad (artículo 23).

Con respecto a los crímenes de guerra, figura sometida a la jurisdicción castrense ecuatoriana, los supuestos de legítima defensa contemplados en el artículo 31.1.c del Estatuto de Roma se verían sometidos al artículo 23 del Código Penal Militar, el cual contiene una disposición similar al artículo 19 de Código Penal.

10. *Estado de necesidad.* Así como en el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad está regulado como una causal de justificación. Los requisitos del artículo 24 del Código Penal son que esta acción: a) tenga como propósito evitar un daño en la propiedad ajena, b) que el mal causado no sea mayor al que se proponía evitar, y c) que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

Frente a lo establecido en el artículo 31.1.d del Estatuto, la norma nacional circunscribe el estado de necesidad a los daños sobre la propiedad de terceros. Esto no se ajustaría a las disposiciones del tratado, que faculta una acción de esta naturaleza como respuesta a una amenaza de muerte o lesiones personales graves para él u otra persona, la cual podría aplicarse tanto a daños sobre la propiedad como a otras personas.

11. *Edad de imputabilidad.* El artículo 26 del Estatuto de Roma consagra en sus disposiciones que “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”.⁵⁸ Este es un principio fundamental, puesto que va en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño. En el caso del Código Penal ecuatoriano, se sigue la misma tendencia; el artículo 40 establece la inimputabilidad penal de los menores de 18 años.

12. *Imprescriptibilidad.* La imprescriptibilidad para la investigación y sanción de ciertos crímenes es una excepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. A pesar de que el artículo 101 del Código Penal determina la prescripción de la acción penal en el tiempo y las condiciones establecidas por la ley, esta debe ser interpretada en concordancia con la Constitución. En el artículo 23, numeral 2, de la Carta se establece que “las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles”.

Esto sigue en parte lo propuesto por el artículo 29 del Estatuto de Roma. Sin embargo, un proceso de implementación podría adicionar a los tipos penales establecidos en la Constitución los demás crímenes internacionales. Esta figura podría ser resuelta mediante una cláusula genérica que estableciera la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Ecuador y establecidos en la ley.

13. *Amnistías.* Una de las mayores expresiones de la voluntad soberana por parte de los gobernantes ha sido la potestad de conceder indultos o amnistías frente a la perpetración de hechos criminales. Si bien no es la regla habitual, esta potestad se utilizaba a finales de conflictos o graves alteraciones del orden público. Con el paso del

⁵⁸ Véase el artículo 26 del Estatuto de Roma.

tiempo, ha sido progresivamente reglada y delimitada para evitar que sea un mecanismo de impunidad. Actualmente, esta prerrogativa es una potestad reglada del jefe de Estado y/o del órgano legislativo.

En el caso de Ecuador, el artículo 23, numeral 2, consagra el derecho a la integridad personal y establece en su inciso 3 que los delitos de genocidio, desaparición forzada, secuestro y el homicidio por razones políticas o de conciencia “no serán susceptibles de indulto o amnistía”.⁵⁹ De esta forma, mediante mandato constitucional se establecen límites a esta potestad por parte del poder público.

Sin embargo, es interesante ver cómo la Constitución Política establece una limitación frente a determinados delitos como el genocidio y la desaparición forzada, aun cuando éstos no han sido tipificados en el Código Penal. En todo caso, una reforma constitucional debería incluir progresivamente una limitación a los crímenes de lesa humanidad contemplados en el Estatuto de Roma y demás tratados internacionales incluyendo también a los crímenes de guerra.

14. *Fueros especiales.* A fin de garantizar el desarrollo de sus actividades, determinados funcionarios estatales gozan de una prerrogativa por medio de la cual no pueden ser sometidos a un proceso penal si previamente el Congreso, u otra instancia, no brinda su respectiva autorización. La inmunidad, como lo ha señalado la doctrina, es una institución que fue establecida con un objetivo concreto, cual es el de poner freno a las intenciones políticas de interrumpir el normal desarrollo de las actividades de la autoridad pública.

En el régimen ecuatoriano, gozan de fuero especial, y solamente podrán ser enjuiciados políticamente por el Congreso durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas, los siguientes funcionarios: los ministros de Estado, el contralor general y procurador del Estado, el defensor del Pueblo, el ministro fiscal general; los superintendentes, los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral.

El presidente y el vicepresidente de la República poseen fuero especial y solamente podrán ser responsable políticamente ante el Congreso en los casos “de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enri-

⁵⁹ Véase el artículo 23, numeral 2, de la Constitución Política de Ecuador.

quecimiento ilícito”.⁶⁰ Asimismo, se puede entablar un proceso penal ante el presidente o vicepresidente siempre y cuando el Congreso previamente autorice ante una solicitud del juez competente.⁶¹

Para los diputados, el artículo 137 de la Constitución establece que éstos “no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones. No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización del Congreso Nacional, ni serán privados de su libertad, salvo el caso de delitos flagrantes. Si la solicitud en que el juez competente hubiera pedido autorización para el enjuiciamiento no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida”.⁶²

15. *Prohibición de retroactividad.* La Constitución Política establece en su artículo 24, numeral 1, que “nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Este principio también se encuentra en los incisos 1 y 2 del Código Penal. Cabe destacar que la legislación penal ecuatoriana, siguiendo los estándares internacionales, reconoce como excepción a esta garantía la aplicación retroactiva cuando ésta es benigna.⁶³

16. *Non bis in idem.* Tanto la Constitución Política (artículo 24, numeral 16) como el Código de Procedimiento Penal (artículo 5) reconocen el principio de que nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa.

De acuerdo⁶⁴ con el artículo 20.3 del Estatuto de Roma, la Corte tiene potestad para iniciar un proceso contra una persona aunque ésta haya sido sometida antes un proceso por los mismos hechos. Esta situación se puede presentar en los siguientes casos:

⁶⁰ Véase el artículo 130, numeral 9, de la Constitución Política de Ecuador.

⁶¹ Véase el artículo 130, numeral 10, de la Constitución Política de Ecuador.

⁶² Véase el artículo 137 de la Constitución Política de Ecuador.

⁶³ Véanse el artículo 24, numeral 2, de la Constitución Política de Ecuador y el artículo 2, inciso 4, del Código Penal.

⁶⁴ Extractos tomados de: Comisión Andina de Juristas: o. cit., pp. 116-119.

- cuando el proceso seguido ante el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte, o
- cuando el proceso seguido ante el otro tribunal no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas en el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

El análisis de la primera excepción recaerá en la propia Corte, la cual a través de las circunstancias de cómo se presente un caso específico, junto con posibles lineamientos de su jurisprudencia, podrá establecer los criterios que permitan inferir que en una situación determinada existe un “propósito de sustraer” a una persona de su jurisdicción. Esto implica evaluar situaciones objetivas, no necesariamente jurídicas.

La segunda excepción permite un examen del desarrollo normal de un proceso, puesto que también obliga a tomar en consideración la jurisprudencia emitida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en materia del debido proceso. En atención al objetivo de la norma, entendemos que se trata de aquellas garantías que permiten el desarrollo de un proceso en que se respete el derecho a un tribunal independiente, competente e imparcial, el derecho de defensa, la motivación de resoluciones, etcétera. En tanto no se hace esta diferenciación, bien podría aplicarse tanto respecto a las víctimas como al procesado.

Al suscribir el Estatuto, un Estado admite la posibilidad de que, en cualquiera de los supuestos mencionados, una persona puede ser sometida a la jurisdicción internacional aunque antes haya sido juzgada por los mismos hechos, pero en determinados casos. Se trataría en consecuencia de una excepción al principio del *non bis in idem*.

Esta situación fue reconocida por el dictamen del Tribunal Constitucional de Ecuador al determinar que, “si se analiza esta norma del artículo 20, contenida en el numeral 3, y se la contrapone a los numerales 1 y 2 del mismo artículo se llega a la conclusión que el principio general que orientará a la Corte Penal Internacional es el de respetar la cosa juzgada, en el sentido de que si una persona ya fue juzgada bajo las

reglas del debido proceso no volverá a serlo por segunda vez, solo por excepción habrá lugar a un nuevo juicio cuando se den las circunstancias señaladas anteriormente”.⁶⁵

Es importante señalar que, de acuerdo con el artículo 89.2 del Estatuto, cuando la solicitud de entrega de una persona por el fiscal de la Corte sea impugnada ante un tribunal nacional, argumentando la excepción de cosa juzgada, el Estado requerido celebrará de inmediato consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad.

Ante esta situación, las autoridades judiciales que conozcan del caso se encuentran en la necesidad de realizar un análisis que permita establecer la improcedencia de cualquier recurso judicial contra las decisiones de la Corte. El argumento central para esta decisión sería precisar que una orden de privación de la libertad expedida por la CPI se ajusta a las disposiciones internacionales y constitucionales referidas al deber de investigar y defender los derechos humanos, excepción que justifica la posibilidad de juzgar a una persona pese a que haya sido juzgada anteriormente por otro tribunal; aparte, claro está, del respeto al principio del *pacta sunt servanda*.

Como conclusión, es posible determinar que “el sistema de complementariedad de la CPI, considerado globalmente, demuestra que la Corte deberá dar prelación a los tribunales nacionales, excepto cuando estos no estén en posición para administrar justicia de una forma fusta y apropiada, y adicionalmente, cuando el caso no sea de gravedad suficiente para que amerite el actuar de la CPI. A pesar de que se debe esperar a que el sistema de la Corte se ponga en marcha el concepto de la complementariedad es positivo. Sus principales fundamentos radican en el debido respeto hacia los órganos nacionales así como en el incentivo de que la Corte se convierta en un ente operativo y eficiente, solamente actuando y substituyendo los jueces nacionales cuando no puedan administrar justicia o deliberadamente fallen en esto”.⁶⁶

4.2. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales

No se contemplan otros elementos relevantes para el castigo de crímenes internacionales.

⁶⁵ Tribunal Constitucional: o. cit.

⁶⁶ Antonio Cassese: *International Criminal Law*, o. cit, p. 353. Traducción libre.

5. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al procedimiento normal

No existe tal diferencia procesal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

6. La práctica efectiva de la persecución

La delicada situación política que ha atravesado Ecuador en los últimos años no se ha visto manifestada en graves violaciones sobre los derechos humanos. Sin embargo, las principales preocupaciones de los organismos internacionales han sido relativas a las denuncias por actos esporádicos de tortura cometidos por agentes policiales, así como la negación de ciertas garantías judiciales básicas.

En este contexto, en noviembre de 2005, el Comité contra la Tortura de la ONU celebrará su 35.º período de sesiones y Ecuador deberá remitir su tercer informe temático. Dentro de los puntos que se analizarán, cabe destacar los siguientes:⁶⁷ a) seguimiento al Plan Nacional de Derechos Humanos de 1998 para la prevención de actos de tortura y erradicación de violaciones a los derechos humanos en el país, b) medidas que se han adoptado para erradicar la tortura en las prisiones y los centros de detención, c) informes que reportan una serie de actos cometidos por la policía y las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones, los cuales han dado lugar a detenciones arbitrarias, prisión incomunicada y tortura de personas que ejercían su derecho constitucional a la libre orientación sexual, y d) informar sobre las medidas legislativas, administrativas o de otra índole adoptadas para luchar contra el terrorismo, entre otras disposiciones.

Sobre esa base, a continuación se reseñan los cuatro casos en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado contra el Estado ecuatoriano hasta la fecha. Como se verá, gran parte de estas condenas han sido por violaciones al derecho a la libertad y garantías judiciales, entre otros derechos garantizados por la Convención Americana de 1969.

⁶⁷ Véase Comité contra la Tortura: Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el Tercer Informe Periódico de Ecuador, Ginebra: CAT/C/39/Add.6, 30 de junio de 2005.

6.1. Caso Suárez Rosero⁶⁸

El 23 de junio de 1992, agentes de la Policía Nacional, en el marco de la operación Ciclón, cuyo objetivo era desarticular organizaciones vinculadas al narcotráfico internacional, detuvieron y arrestaron al señor Rafael Iván Suárez Rosero por el delito de encubrimiento de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En las oficinas de Interpol se le impidió el acceso (oportuno) ante un funcionario judicial una vez detenido.⁶⁹

El señor Suárez estuvo incomunicado por más de un mes, sin una respuesta adecuada y efectiva a sus intentos de invocar las garantías judiciales internas y sin la certeza de que sería escuchado dentro de un plazo razonable. En septiembre de 1995, la Comisión Interamericana determinó que el Estado de Ecuador había violado, y seguía haciéndolo, los siguientes derechos del señor Suárez: a) libertad personal, b) derecho a la protección judicial, c) integridad personal, d) garantías judiciales, y e) protección judicial. Además, solicitó que se adoptaran las medidas necesarias para liberar al señor Suárez Rosero y garantizar un proceso e iniciar una investigación pronta para establecer la responsabilidad de las violaciones en este caso, sancionando a los responsables. A su vez, pidió que se adoptaran las medidas necesarias para enmendar el artículo 114 del Código Penal (sobre los plazos de detención), con la finalidad de cumplir con la Convención Americana y dar efecto pleno al derecho a la libertad personal.

Ante la falta de respuesta del Estado, este caso fue presentado ante la Corte Interamericana. Ya iniciado el proceso, el Estado presentó compulsas certificadas en las cuales sostuvo que la detención del señor Suárez Rosero se había efectuado dentro de un marco legal de investigación y como consecuencia de hechos reales, de los cuales fue uno de los protagonistas. La Corte señaló que la aprehensión y posterior

⁶⁸ Véase *Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997, serie C n.º 35.*

⁶⁹ En la declaración de la víctima se señala que fue sometido a torturas y se lo amenazó con colocarlo en una estructura metálica electrizada y un tanque lleno de agua y le increparon que él era narcotraficante. Rindió declaración dentro de las primeras 24 horas de su detención ante el fiscal tercero, quien no le informó que tenía derecho a acceder a un defensor de oficio. Su celda, de aproximadamente 15 metros cuadrados y en la cual había 17 personas, estaba en un subterráneo aproximadamente a unos dos metros y medio del nivel del patio, era húmeda, sin ventanas o ventilación y sin camas. Durmió durante 30 días sobre un periódico. Le dio pulmonía y le administraron analgésico, y al final de su incomunicación le administraron penicilina, que le había llevado su familia.

detención del señor Rafael Iván Suárez Rosero, a partir del 23 de junio de 1992, fueron efectuadas en contravención de las disposiciones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana.

Sobre esta base, la Corte decidió: a) que Ecuador había violado, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, b) que el artículo 114 del Código Penal ecuatoriano era violatorio al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, c) que el Estado debía ordenar una investigación para determinar las personas responsables por estos hechos, y d) que se debía pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares.

6.2. Caso Benavides Cevallos⁷⁰

A finales de 1985, agentes de la Infantería Naval Ecuatoriana arrestaron arbitraria e ilegalmente, por presuntas actividades subversivas, a la profesora Cosuelo Benavides Cevallos, quien fue torturada y posteriormente asesinada. La Comisión Interamericana presentó el caso a la Corte con el fin de que se determinara si hubo violación del Estado al derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, entre otros derechos.

Cabe destacar que el proceso judicial interno se caracterizó por demoras injustificadas, tecnicismo a ultranza, ineficiencia y denegación de justicia. En este sentido, la Comisión Interamericana realizó una visita *in loco* a Ecuador, durante la cual solicitó al Estado información sobre diversos asuntos y emitió recomendaciones, incluyendo el presente caso. En septiembre de 1995, la Comisión aprobó el informe 21/95, por el que exhortaba al Estado la remisión de información sobre las medidas adoptadas para cumplir con sus disposiciones. En respuesta, Ecuador transmitió documentos referentes al proceso interno, mediante los cuales se condenó a los responsables por la detención ilegal y arbitraria de Benavides Cevallos. Sin embargo, la Comisión comunicó al Estado que su presentación se había realizado fuera del plazo señalado para cumplir las recomendaciones del referido Informe.

⁷⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Benavides Cevallos, sentencia de fondo del 19 de junio de 1998, serie C n.º 38.

En 1996, la Comisión concluyó que no se habían cumplido las recomendaciones del informe 21/95 y señaló que se había reunido con representantes del Estado, quienes le habían presentado una propuesta de solución amistosa y que un año después se había llegado a un acuerdo con los padres de la víctima. Es así que el Estado presentó a la Corte una copia certificada del acuerdo transaccional que suscribió el 20 de febrero de 1998 con los señores Luis Benavides Enríquez y Rosa María Cevallos, padres de Consuelo.

Ante esta situación, se produjo la terminación anticipada del proceso, lo cual conllevó al cese de la controversia por el reconocimiento de la responsabilidad internacional. Además, la Corte a) aprobó el acuerdo entre el Estado del Ecuador y los familiares de la víctima respecto de la naturaleza y el monto de las reparaciones, y b) requirió la continuación de las investigaciones para sancionar a todos los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en la sentencia.

6.3. Caso Daniel Tibi⁷¹

El 27 de septiembre de 1995, el señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, fue detenido por agentes del Estado dentro del marco del denominado operativo Camarón, relativo a medidas contra el narcotráfico internacional. La detención fue efectuada por agentes de la Interpol, sin orden judicial y con una sola prueba que consistía en la declaración de un coacusado. El señor Tibi no estaba cometiendo ningún delito en el momento de su detención, y cuando se realizó su arresto los policías no le informaron de los cargos en su contra sino que le dijeron que solo se trataba de un control migratorio. Luego, fue detenido sin la presencia de un abogado defensor.

En octubre de 1995, el juez primero penal del Guayas emitió orden de prisión preventiva contra el señor Tibi y el resto de los imputados en el operativo Camarón, iniciando el proceso penal del cual Daniel Tibi no fue notificado. Tampoco fue llevado de manera inmediata ante el juez de la causa ni interrogado por éste. Ante esta situación, en enero de 1998 el juez segundo de lo penal ordenó su inmediata libertad.

En junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Ecuador. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado había violado el derecho a la

⁷¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Daniel Tibi, sentencia de fondo del 7 de septiembre de 2004, serie C n.º 114.

integridad personal, el derecho a la libertad personal, las garantías judiciales, el derecho a la propiedad privada y a la protección judicial de la Convención Americana. Además, la Comisión señaló que el Estado no había otorgado al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alegó violatoria de la propia legislación interna, y que tampoco existía un recurso rápido que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales.

En términos de la Comisión, el señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y que fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y “asfixiado” para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. A su vez, cuando fue arrestado se le incautaron bienes de su propiedad valorados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998. Cabe destacar que las pruebas establecieron que agentes del Estado infligieron grave sufrimiento al señor Tibi, que le causaron severos problemas físicos.

Luego de analizar los hechos, la Corte determinó que: a) el Estado violó el derecho a la libertad personal, a la protección judicial y a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la propiedad privada de la víctima; b) el Estado tenía la obligación de investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi, y c) se debía establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del Ministerio Público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos.

6.4. Caso Acosta Calderón⁷²

El 15 de noviembre de 1989, el señor Rigoberto Acosta Calderón, de nacionalidad colombiana, fue detenido por la Policía Militar Aduanera en el sector de la Punta de la ciudad de Lago Agrio, bajo sospecha de tráfico ilícito de drogas, sin que

⁷² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón, sentencia de fondo del 24 de junio de 2005, serie C n.º 129.

aparecieran las presuntas drogas. La detención se prolongó desde el 15 de noviembre de 1989 hasta el 8 de diciembre de 1994, cuando se dictó sentencia condenatoria y se le impuso una pena de nueve años de reclusión.

Cabe destacar que en el proceso penal la declaración del denunciado no fue recibida por un juez sino hasta dos años después y estuvo detenido bajo prisión preventiva durante cinco años. El señor Acosta no tuvo acceso a consultar con un abogado ni a comunicarse con el consulado de su país durante la investigación preliminar realizada por la policía militar. Una vez puesto a órdenes del juez, no se le designó un defensor público y fue alejado del lugar en que se tramitaba el proceso, imposibilitando su derecho a ser escuchado con las debidas garantías por el juez que tramitaba la causa. En 1994 la Comisión Interamericana recibió la correspondiente denuncia y en junio de 2003 sometió a la Corte una demanda contra Ecuador con la finalidad de que se adoptaran una serie de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias.

Luego de estudiar el caso, la Corte decidió: a) que el Estado ecuatoriano violó los derechos de libertad personal y de protección judicial, b) que el Estado debía reparar los daños materiales e inmateriales causados a la víctima, incluyendo el reintegro de costas y gastos, así como c) que se debían eliminar los antecedentes penales de la víctima.

7 ● Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político

7.1. Proyectos de reforma

Como se ha establecido, Ecuador ha sido uno de los primeros países del continente en formular una propuesta legislativa de implementación del Estatuto de Roma. El denominado proyecto de Ley sobre Delitos Contra la Humanidad⁷³ fue presentado a finales de 2002, pero hasta la fecha no se le ha dado mayor trámite legislativo, lo que hace necesario revisar su contenido y adaptar algunas de las propuestas de otros países de la región.

⁷³ Proyecto de ley sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Este proyecto de ley es una legislación única de implementación que incluye la tipificación de crímenes internacionales y mecanismos de cooperación judicial, entre otras disposiciones complementarias. Asimismo, se caracteriza por establecer medidas, disposiciones y sanciones propias a su ordenamiento jurídico interno y a su tradición jurídica. Es decir, tiene el propósito de ir más allá de los mínimos establecidos por el Estatuto de Roma. Se divide en seis títulos:⁷⁴ a) principios generales, b) genocidio, c) delitos de lesa humanidad, d) delitos de guerra, e) delitos contra la administración de justicia, f) relaciones con la CPI, entre las que se incluyen los mecanismos de cooperación.

A efectos de la presente sección, constará de tres partes: principios generales, análisis de los crímenes y mecanismos de cooperación entre el Estado y la CPI.

7.2. Principios generales

Cabe destacar como elemento previo, que el proyecto hace remisión expresa en sus considerandos a varios tratados sobre derechos humanos ratificados como justificación de la aplicación del Estatuto de la Corte Penal a los compromisos adquiridos previamente por el Estado en esta materia. Lo anterior confirma la protección especial y el grado de aplicación que consagra la Constitución de 1998 a estos instrumentos internacionales.

De esta forma, el artículo 1 establece el campo de aplicación de la ley, circunscribiéndolo a las siguientes situaciones: a) por delitos cometidos, o cuyos efectos se produzcan en territorio del Estado ecuatoriano o en lugares sometidos a su jurisdicción; b) por delitos cometidos contra ecuatorianos en el extranjero; c) por delitos cometidos por ciudadanos ecuatorianos en el extranjero; d) por delitos cometidos por funcionarios o miembros de las fuerzas de seguridad del Estado ecuatoriano en el extranjero; e) por la comisión de delitos internacionales establecidos en la presente ley, independientemente del lugar de la comisión del delito, de la nacionalidad del imputado o de la víctima.⁷⁵

Enseguida se regula la aplicación de los principios y reglas del Código Penal y de Procedimiento Penal ecuatoriano⁷⁶ a toda persona sospechosa de haber cometido alguno

⁷⁴ Proyecto de ley tomado de: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/inredh.HTM>

⁷⁵ Véase el artículo 1 del proyecto de ley.

⁷⁶ Artículo 3 del proyecto de ley.

de los crímenes contemplados en el Estatuto, independientemente de su cargo.⁷⁷ El artículo 6 de la propuesta sintetiza los principios que orientarán esta ley: “[...] los delitos comprendidos en la presente ley serán imprescriptibles tanto para el seguimiento de la acción penal como para el cumplimiento de la pena; no serán susceptibles de indulto o amnistía; la obediencia debida a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal alguna; y se tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común”.⁷⁸ Esta norma es una trascripción de lo determinado en el artículo 23 de la Constitución ecuatoriana y complementa los crímenes inicialmente recogidos en la Carta.

Dentro de los principios generales de este proyecto, hay otros puntos importantes que deben ser tomados en cuenta, tales como el artículo 7, que determina que “los ecuatorianos sancionados por los delitos establecidos en la presente ley, así como quienes fueren sancionados como cómplices o encubridores, no podrán ejercer en el futuro ningún cargo público”⁷⁹. Complementariamente, se establece la responsabilidad del Estado por el accionar de sus agentes en la perpetración de estos crímenes, independientemente de la acción individual de cada uno de los afectados y de la acción de repetición que el Estado tenga en su contra.⁸⁰

Asimismo, es necesario establecer que esta propuesta legislativa va más allá de lo dispuesto en el artículo 25.3.e, relativo a la instigación, debido a que la CPI sólo sanciona la instigación al genocidio mientras que este proyecto de implementación pune la instigación de todo tipo de crimen contenido en el Estatuto de Roma.⁸¹

Tipificación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y contra la administración de justicia por parte de la CPI⁸²

En el caso del delito de genocidio,⁸³ la primera observación que se hace a este capítulo es sobre la definición del delito contenida en el proyecto de ley. En esta propuesta se adiciona la frase “perpetrados tanto en tiempos de paz como de guerra”,

⁷⁷ Artículo 4 del proyecto de ley.

⁷⁸ Artículo 6 del proyecto de ley.

⁷⁹ Artículo 7 del proyecto de ley.

⁸⁰ Artículo 10 del proyecto de ley.

⁸¹ Artículo 13 del proyecto de ley.

⁸² *Un comentario al respecto de esto tiene que ver con que el proyecto de ley hace alusión a delitos, en vez de crímenes, como son mayormente aceptados en el derecho internacional. Por lo tanto, para efectos de este escrito, se respetará la denominación realizada en el proyecto de ley.*

⁸³ Cabe resaltar que la definición de genocidio establecida en el artículo 6 del Estatuto es la reproducida por el proyecto de ley, que a su vez es la establecida en el artículo II de la Convención para la Prevención del Crimen de Genocidio de 1948.

la cual es tomada de la definición de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. A su vez, añade como grupos objeto de protección los de orden “político, de género, de orientación sexual, de edad, de salud o de conciencia”,⁸⁴ de forma complementaria a los grupos nacionales, raciales, étnicos y religiosos de la Convención de 1948 y del Estatuto de Roma.

La norma que establece la sanción está redactada de la siguiente manera: “Artículo 20. Será sancionada con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años toda persona que cometa genocidio”. En este caso no se hace una diferencia objetiva en la sanción impuesta a los modos en que se puede llevar a cabo este delito. De ahí que la imposición de una pena por el juez en caso que se dé la muerte de miembros de un grupo o una transferencia de miembros de un grupo a otros dependerá de la valoración de los hechos y se resolverá casuísticamente.

Las demás disposiciones relativas al genocidio se circunscriben a las sanciones aplicables a la tentativa, a la participación en campañas de instigación y de propaganda así como en caso de que éste se cometa en el marco de una relación de superioridad jerárquica, y se establece una graduación de las penas según la forma en que se llevó a cabo el acto.

Con relación a los delitos de lesa humanidad,⁸⁵ la propuesta planteada es que éstos se puedan cometer tanto en tiempos de paz como de guerra.⁸⁶ Este título se encuentra dividido en 11 capítulos: a) “Del asesinato”, b) “Del exterminio”, c) “De la esclavitud”, d) “De la deportación o traslado forzoso de la población” e) “De la encarcelación o privación grave de la libertad”, f) “De la tortura”, g) “De los delitos sexuales”, h) “De la Persecución a grupos y colectividades”, h) “De la desaparición forzada”, i) “Del *apartheid*”, y j) “De otros actos inhumanos”.

La estructura de los crímenes contemplados en el proyecto de ley es similar a la establecida en el Estatuto teniendo en cuenta que se hace un listado de las situaciones bajo el cual se configura el crimen y en las normas posteriores se establece la pena general y las que se deben aplicar en caso de instigación, tentativa o en el caso que se configure una relación jerárquica.

La estructura es la siguiente: “Artículo 29. Serán sancionados con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, los miembros del Estado o de

⁸⁴ Artículo 19 del proyecto de ley.

⁸⁵ Artículos 24 a 92 del proyecto de ley.

⁸⁶ Artículo 24 del proyecto de ley.

una organización que, comente el delito de lesa humanidad de [...], como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización”.

En el acápite relacionado con la “Persecución a grupos o colectividades”, otra vez se encuentran las adiciones de los grupos identificados por “orientación sexual, de edad, discapacidad, salud u otra condición especial” efectuadas en la definición del crimen de genocidio.⁸⁷

Para los delitos de guerra⁸⁸ la propuesta optó por dividir las disposiciones aplicables a los conflictos armados de carácter internacional y no internacional. Vale la pena resaltar la definición de *conflicto internacional*, no contemplada en el Estatuto, pero que el proyecto de ley define como “la guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra, sin perjuicio de los que se configure como un delito de agresión. Asimismo, no se entenderán por conflicto armado de carácter internacional los conflictos armados en que los pueblos luchan contra dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”.⁸⁹

Esta definición contiene elementos que necesariamente deberían ser revisados por el legislador. La definición transcrita contiene expresiones tales como *dominación colonial* y *regímenes racistas*, que podrían ser innecesarios teniendo en cuenta el contexto actual del derecho internacional. Además, siguiendo esta misma línea, al hacer alusión al principio de libre determinación de los pueblos con relación a la lucha colonial es pertinente resaltar que no existen más *colonias*, en la acepción utilizada en la década de los sesenta y setenta, tras los procesos de independencia en África y Asia.

Con base en lo anterior, en el caso de que exista un conflicto entre varios pueblos en el seno de un Estado, éste se enmarcaría en los conflictos armados internos y no internacionales. Por lo tanto, el campo de aplicación de conflictos armados internacionales se debería limitar a lo dispuesto en el artículo 2 de los Convenios de Ginebra de 1949.⁹⁰

⁸⁷ Artículo 74 del proyecto de ley.

⁸⁸ Artículos 93 a 104 del proyecto de ley.

⁸⁹ Artículo 93 del proyecto de ley.

⁹⁰ Estos establecen lo siguiente: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos

La estructura de la tipificación de este crimen es similar al del Estatuto en el sentido que establece una pena determinada y enlista las posibles conductas delictivas. La redacción es la siguiente: “Artículo 96. Será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, quien cometa cualquiera de los crímenes de guerra enumerados a continuación, con ocasión de un conflicto armado, sea o no parte de una política, plan, o de la comisión a gran escala de tales crímenes: [...]”.

Esta norma tipifica las situaciones de hecho en las cuales se configuran los crímenes de guerra, siguiendo lo establecido en el artículo 8 del Estatuto. Sin embargo, en los delitos de guerra en los conflictos armados internacionales se adiciona la prohibición de: a) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos.⁹¹ En los conflictos armados internos, se adicionan tres situaciones no contempladas en el Estatuto: a) la prohibición de, como método de combate, hacer padecer de hambre a las personas civiles,⁹² b) la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil,⁹³ y c) la prohibición de atacar las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a saber: las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica.⁹⁴

Frente a los delitos contra la administración de justicia por parte de la CPI,⁹⁵ el comentario que se puede esbozar es que en el proyecto se contemplan penas más allá del máximo de cinco años determinado por el Estatuto;⁹⁶ las sanciones impuestas van de cuatro a ocho años. Por lo demás, se realiza un trasplante jurídico de las situaciones de hecho contempladas en la norma del Estatuto. El único aspecto de forma que se incluye es el levantamiento de la inmunidad diplomática del funcionario de la CPI como requisito para que éste sea juzgado por los tribunales nacionales.

de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligados por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones”.

⁹¹ Artículo 96, numeral 37 del proyecto de ley. Esta constituye una ampliación de la causal contenida en el artículo 8, numeral 2, literal iv del Estatuto, que prohíbe los ataques a sabiendas de que éstos cobrarán pérdidas civiles que serían excesivos en comparación con la ventaja militar que se pretende obtener.

⁹² Artículo 102, numeral 18 del proyecto de ley. Esta disposición se encuentra contemplada únicamente para los conflictos armados internacionales.

⁹³ Artículo 102, numeral 19 del proyecto de ley. Esta disposición se encuentra contemplada únicamente para los conflictos armados internacionales.

⁹⁴ Artículo 102, numeral 20 del proyecto de ley.

⁹⁵ Artículos 105 al 112 del proyecto de ley.

⁹⁶ Véase el artículo 70, numeral 3 del Estatuto de Roma.

La forma de redacción de este delito es la siguiente: “Artículo 106. Será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de cuatro a ocho años, la persona que presentare pruebas antes los tribunales de justicia del Ecuador o ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas”.

Disposiciones relacionadas con la cooperación del Estado con la CPI⁹⁷

Vale resaltar que en este título sobre la cooperación internacional se hace remisión a los requisitos establecidos en los artículos pertinentes del Estatuto de la CPI,⁹⁸ mientras que las demás disposiciones son de aplicación interna, relativas a la competencia, a algunos plazos que deben ser observados por los funcionarios judiciales,⁹⁹ los derechos de las personas bajo investigación y a las relaciones entre la Cancillería y la CPI para las comunicaciones correspondientes.

Este título se encuentra dividido en los siguientes acápite: a) “De la detención y entrega de personas a la Corte Penal Internacional”, b) “De la detención provisional”, c) “De la solicitud de comparecencia”, d) “De las solicitudes concurrentes”, e) “De la entrega en tránsito”, f) “De las otras formas de asistencia y cooperación”, y g) “De la ejecución de penas y órdenes de reparación, multa o decomiso”.

Una de las principales características relativas a la cooperación es el hecho de que establece como marco legal tanto el Estatuto de la CPI como el Código Penal y de Procedimiento Penal, además de consagrar la obligación de cumplir con “las solicitudes de detención, entrega de personas y otras formas de asistencia, sin que las autoridades competentes puedan invocar la inexistencia de procedimientos en el derecho interno”.¹⁰⁰

La propuesta legislativa determina que la comunicación entre el Estado y la CPI se llevarán a cabo por medio de la vía diplomática. Además, se le otorgan facultades a la Fiscalía General de la Nación para representar a la CPI en los asuntos que se

⁹⁷ Artículos 125 a 192 del proyecto de ley.

⁹⁸ Ejemplo: artículo 181: El Estado ecuatoriano cooperará y cumplirá con las solicitudes de asistencia emitidas por la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 93 del Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba y el derecho interno.

⁹⁹ Ejemplo: artículo 149: En ningún caso la persona requerida por la Corte Penal Internacional, podrá estar detenida por más de noventa días.

¹⁰⁰ Artículo 133 del proyecto de ley.

realicen en el país¹⁰¹ y se establece que son los jueces nacionales los competentes para decidir sobre los requerimientos efectuados por la CPI.¹⁰²

Derecho de las personas sobre quienes versan solicitudes de detención

Toda persona que se encuentre bajo investigación por la CPI y sobre la que se haya decretado una solicitud de detención y de entrega o de detención provisional tendrá derecho: a) a ser informada sobre los motivos de su detención; b) a nombrar un abogado, que en su defecto será nombrado de oficio, c) a que se tome su declaración relativa a la detención, d) a manifestar, previa consulta con su abogado, su consentimiento en la detención, e) a que tenga un intérprete en el caso de que no hable español.¹⁰³

Solicitudes concurrentes

Siguiendo lo establecido en el artículo 102 del Estatuto, que claramente hace la diferenciación entre una solicitud de entrega y una solicitud de extradición, los artículos 171 al 175 del proyecto de ley establecen el procedimiento en caso de que se presente una concurrencia de solicitudes.

La resolución de esta concurrencia se resolverá por la vía diplomática entre los Estados afectados y la CPI. En principio, la CPI tiene prelación sobre la solicitud de extradición de un tercer Estado. Sin embargo, y adoptando lo establecido por el artículo 90.6 de Estatuto, en caso de que el Estado requirente no sea parte del Estatuto de la CPI, que exista un tratado bilateral entre éste y el Estado requerido y que la CPI haya determinado la admisibilidad del caso, se resolverá el asunto con base en las siguientes reglas: a) las fechas respectivas de las solicitudes, b) los intereses del Estado solicitante, tales como si el crimen hubiera sido cometido en su territorio o contra un nacional, y c) la posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen a un acuerdo respecto de la entrega.¹⁰⁴

¹⁰¹ Artículos 137, 152 y 166 del proyecto de ley.

¹⁰² Es importante resaltar las reglas establecidas en el artículo 135 del proyecto de ley para determinar la competencia de los jueces nacionales.

¹⁰³ Artículos 140 y 155 del proyecto de ley.

¹⁰⁴ Artículo 174 del proyecto de ley. Sin embargo, en el caso de que el asunto en cuestión verse sobre un nacional de Ecuador, en el territorio ecuatoriano o en contra de sus nacionales, se negará la solicitud de extradición.

De la ejecución de las penas

Para concluir esta parte del proyecto, el Estado de Ecuador establece la posibilidad de que las personas condenadas por la CPI cumplan su sentencia en los establecimientos penitenciarios del país, siguiendo los parámetros del artículo 103 del Estatuto y reiterando la competencia exclusiva del órgano internacional para modificar los términos y condiciones de reclusión.¹⁰⁵

Finalmente, en la última cláusula se dispone la derogatoria de toda norma que sea contraria a lo establecido por el proyecto de ley. Esta medida parece un poco desacertada debido a que ésta es una propuesta que toca materias de derecho constitucional, de derecho penal y procesal penal (tanto en lo civil como en lo militar) y de índole administrativa.¹⁰⁶ Por lo tanto, considero que para efectos del proyecto peruano de implementación se debería hacer un análisis riguroso sobre las medidas que se verían afectadas, seguido de una derogación expresa de cada una de ellas.

Consideraciones en torno al proyecto de ley

Se puede considerar que el Proyecto de implementación de Ecuador es coherente con lo establecido en el Estatuto de Roma al asimilar dentro de su ordenamiento jurídico los nuevos crímenes que serán tipificados y los mecanismos de cooperación con la CPI. Como se ha visto, la tipificación de crímenes internacionales está limitada a algunas conductas específicas que necesariamente deben ser revisadas y complementadas.

Un elemento interesante de este proyecto tiene que ver con lo establecido en el capítulo relacionado con la cooperación internacional, debido a que hace remisión directa a las normas correspondientes de la CPI, que complementa con disposiciones internas de procedimiento. Este mecanismo también ha sido empleado en el caso peruano para el libro referido a los mecanismos de cooperación judicial con la CPI del nuevo Código Procesal Penal.

¹⁰⁵ Artículos 190 a 192 del proyecto de ley.

¹⁰⁶ A pesar de que el artículo 163 de la Constitución Política de Ecuador establece la supremacía de los tratados internacionales sobre la legislación ordinaria, queda la duda sobre la jerarquía legal de este proyecto de ley y sobre su armonización con la legislación vigente. La referida norma establece que "las normas contenidas en los tratados y convenios internacional, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

Otra característica que debería ser tomada en cuenta es el trasplante jurídico interno de disposiciones del Estatuto en materia de la tipificación de los crímenes, de la creación de un procedimiento interno relacionado con las solicitudes de detención y de entrega, y la reiteración de la competencia de las jurisdicciones existentes, evitando la creación de organismos especializados.

Otros elementos formales contenidos en este proyecto que pueden ser destacados tienen que ver con disposiciones relacionadas con: a) definiciones de palabras utilizadas en el texto del proyecto de ley, b) la nominación de funcionarios de la CPI, y c) la proposición de magistrados ante la CPI y el procedimiento para realizar las posibles candidaturas.

Como conclusión, vale la pena resaltar que es obligación del Estado otorgar todas las facilidades del caso a los funcionarios de la CPI que acudan al país a realizar sus funciones e investigaciones. Con base en esto, se podría considerar la inclusión de un capítulo sobre exactamente qué facilidades el Estado debería otorgar —tales como locomoción, de revisión de documentos, de entrevistas con funcionarios públicos y otras medidas pertinentes— para que se cumpla a cabalidad con sus funciones.

8. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia

El ordenamiento jurídico ecuatoriano debe ser revisado para poder adecuarlo a las obligaciones internacionales provenientes del Estatuto de Roma y otros tratados. En el marco constitucional existen algunas prerrogativas que deberían ser desarrolladas por la ley, tales como la protección constitucional de ciertos derechos, así como el régimen especial hacia la imprescriptibilidad y amnistías. La actual legislación penal contiene algunos crímenes como la tortura, las detenciones arbitrarias y algunos delitos de violencia sexual que deben ser adecuados para que puedan sancionarse como actos individuales o como crímenes internacionales, según el contexto en que se concreten.

En el caso de los crímenes de guerra, el actual Código Penal Militar debe ser revisado para desarrollar las conductas que se puedan cometer como parte de conflic-

tos armados internos. Sin embargo, y de forma previa a cualquier tipo de adecuación, se deberá debatir sobre cuál es el fuero competente para conocer estas situaciones. El artículo 187 de la Constitución establece que “los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales. En caso de infracciones comunes, estarán sujetos a la justicia ordinaria”. Teniendo en cuenta que el artículo 98 del Código Penal Militar regula violaciones al DIH, habría que establecer si éstos (sea total o parcialmente) son referidos al fuero común.

Finalmente, existe la necesidad de ratificar algunos tratados internacionales como a) la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, b) la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, c) la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, d) la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, y e) el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, entre otros.

8.1. Debate jurídico-político

Como se ha establecido, el debate en Ecuador en los últimos años se ha centrado en la suscripción de un Acuerdo Bilateral de Inmunidad con Estados Unidos, dejando la discusión sobre el proceso de implementación a un segundo plano. Luego de un impulso inicial y de haber sido uno de los primeros países en haber culminado un proyecto de adecuación, no se le ha dado el trámite necesario para convertirlo en ley.

No obstante, en ciertos círculos académicos y del gobierno se ha venido debatiendo sobre la importancia de la CPI para la consolidación del Estado de derecho, pero esto no le ha podido conferir mayor prioridad en la agenda política. En parte es entendible si se tiene en cuenta que Ecuador viene pasando por una delicada situación política, incluyendo el proceso de reestructuración de la Corte Suprema de Justicia. Además, la delicada situación humanitaria en la frontera con Colombia, junto con las fumigaciones en la zona de frontera para controlar el narcotráfico y la entrada ilegal de grupos armados al margen de la ley en su territorio, han pospuesto el debate sobre la implementación del Estatuto de Roma.

8.2. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

No existen otros aspectos específicos para destacar.

9. Valoración personal de la situación normativa y fáctica con relación a la persecución penal de crímenes internacionales en el país analizado

A pesar de las dificultades, considero que el marco constitucional ecuatoriano propicia un debate frente a la reforma del Código Penal y del Código Procesal Penal para la adopción de un proceso de implementación del Estatuto de Roma y demás tratados internacionales. Un posible mecanismo para llevar a cabo este proceso sería la incorporación de programas de acción en el marco del Plan Nacional de Derechos Humanos.

Estas reformas deberían tomar en cuenta que el Estatuto de Roma constituye el umbral mínimo de protección y que los mecanismos de cooperación con la CPI deberían circunscribirse al ámbito judicial, fomentando la colaboración entre las autoridades nacionales y extranjeras. La iniciativa legislativa de 2002 debería someterse a un amplio proceso de revisión y de debate entre miembros de la sociedad civil, agentes de gobierno, funcionarios judiciales y académicos para tener una propuesta de consenso ante el Congreso.

Independientemente de los mecanismos que se puedan adoptar para llevar a cabo este proceso, se debe tener en cuenta que la implementación del Estatuto es un importante paso para la persecución de crímenes internacionales. Junto con los posibles modelos de adecuación, es preciso reestructurar el orden jurídico con vistas a una mayor protección de las libertades y garantías fundamentales, así como a una justicia efectiva que brinde la seguridad necesaria a los ciudadanos.

Bibliografía

Literatura

- AMBOS, Kai, y Oscar Julián GUERRERO: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- AMBOS, Kai: *El nuevo derecho penal internacional*. Lima: ARA, 2004.
- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003.
- BASSIOUNI, M. Cherif: "La represión de crímenes internacionales. Jus cogens y obligatio erga omnes", en *Represión nacional de las violaciones al derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánicos)*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997.
- CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2.ª edición, 2004.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador. *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina: Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2005.
- MONTAÑO GALARZA, César: "La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, tomo I, 11.º Año, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 215-244.
- O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1.ª edición, 1988.
- SALMÓN, Elizabeth (coord.): *La Corte Penal Internacional y sus medidas para su implementación en el Perú*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- SWINARSKI, Christophe: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, San José: Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.
- VICIANO PASTOR, Roberto. "El sistema de fuentes del derecho en la Constitución Política de Ecuador", en Santiago ANDRADE UBIDIA y Julio César TRUJILLO (eds.): *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad de Valencia y Corporación Editora Nacional, 2004.
- VERGARA ACOSTA, Bolívar: "Informe Nacional de Ecuador", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer 2005, pp. 223-240.

Tratados y resoluciones

- Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional: Acuerdo de Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional, adoptado el 9 de setiembre del 2002.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO

Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Elementos de los Crímenes, Adoptado en el Primer Período de Sesiones. Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos: Declaración sobre Desapariciones Forzadas, resolución n.o 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983.

Asamblea General de las Naciones Unidas: Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, resolución n.o 47/133 de 18 de diciembre 1992.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Resolución n.o 827 del 25 de mayo de 1993, Estatuto del Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Resolución n.o 955 del 8 de noviembre de 1994, Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. un doc. a/conf.183/9, adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios el 17 de julio de 1998.

Legislación nacional y proyecto de ley

Congreso de la República: proyecto de ley sobre Delitos Contra la Humanidad sometido a consideración del Congreso por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional del Ecuador y por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.

Constitución Política de Ecuador.

Código Penal de Ecuador.

Código de Procedimiento Penal de Ecuador.

Código de Justicia Militar de Ecuador.

Decreto ejecutivo n.º 15.227 del 24 de junio de 1998.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de fondo del 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Benavides Cevallos*. Sentencia de fondo del 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Daniel Tibi*. Sentencia de fondo del 07 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de fondo del 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Tribunal Constitucional de Ecuador. *Resolución N° 038-2001-TC* del 22 de febrero de 2001.

Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia- Sala de Juzgamiento. *Caso Blaskic*. Sentencia del 3 de marzo de 2000.

Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia- Sala de Juzgamiento. *Caso Kordic y Cerkez*. Sentencia del 26 de febrero de 2001.

Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia- Sala de Juzgamiento. *Caso Kupreskic et al.* Sentencia del 14 de enero del 2000.

Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia- Sala de Juzgamiento. *Caso Kvocka et al.* Sentencia del 2 de noviembre del 2001.

Tribunal Penal para Ruanda- Sala de Juzgamiento. *Caso Akayesu*. Sentencia del 2 de septiembre de 1998.

Documentos de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual del 122.º Período de Sesiones. Washington: Organización de Estados Americanos, 2005.

Comité contra la Tortura. Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el Tercer Informe Periódico de Ecuador. Ginebra: CAT/C/39/Add.6, 30 de junio de 2005.

Sitios de Internet

Comisión Andina de Juristas: <http://www.cajpe.org.pe>.

Corte Penal Internacional: <http://www.icc-cpi.int>

Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Gotinga. Grupo de Estudios sobre la Corte Penal Internacional: http://www.kas.de/proj/home/home/13/4/webseite_id-2262/index.html.

Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia: <http://www.icty.org>.

Tribunal Penal para Ruanda: <http://www.icttr.org>.

1 • Introducción

El Salvador no es parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tuvo participación en la Conferencia Plenipotenciaria de Roma, en 1998, y votó, como el resto de los estados participantes, a favor de la aprobación del Estatuto. A pesar de esa aceptación, el Estado salvadoreño no firmó el convenio y hasta la fecha tampoco se adhirió, con el argumento de que existen disposiciones del tratado que contradicen normas de la Constitución de la República. En consecuencia, no existe todavía ningún proyecto de implementación.

Las contradicciones constitucionales señaladas por el Gobierno de El Salvador, son la pena de prisión perpetua, proscrita por la Constitución salvadoreña (artículo 77.1.b del ECPI frente al artículo 27, inciso 2.º, de la Constitución); la extradición y la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional (artículos 89 y 90 del ECPI frente al artículo 28, incisos 2.º, 3.º y 4.º, de la Constitución); la posible afectación al principio de prohibición de la persecución penal múltiple o *ne bis in idem* (artículo 20.3 del ECPI frente al artículo 11, inciso 1.º, *in fine*, de la Constitución), y el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno, dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antejuicio (artículo 27 del ECPI frente a los artículos 236 a 238 de la Constitución).

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

No ha existido ni existe todavía una reforma constitucional, pero las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores consideran que sí será necesaria dicha reforma. Para ello se han revisado las soluciones adoptadas por países que tenían similares incompatibilidades con sus respectivas constituciones, como Costa Rica, Chile y Colombia. Sin embargo, la solución en El Salvador no puede ser igual a la de estos países, en que las incompatibilidades con las constituciones fueron superadas o podrían serlo (caso de Chile) por medio de decisiones jurisprudenciales previas pronunciadas sobre la constitucionalidad del Estatuto en sí mismo o sobre sus respectivos decretos de ratificación. Colombia, Chile y Costa Rica tienen la ventaja de contar con una especie de control de constitucionalidad *a priori*, en virtud del cual una ley o un tratado internacional puede ser sometido a dictamen previo de sus correspondientes tribunales de constitucionalidad antes de ser firmado y/o ratificado por el Estado respectivo, algo que no existe en El Salvador, donde el control de constitucionalidad es sólo *a posteriori*.

En Chile, el Tribunal Constitucional, en fallo del 8 de abril del 2002, decidió que varias disposiciones del Estatuto eran inconciliables con la Constitución Política y que, en consecuencia, la ratificación del tratado demanda una reforma constitucional.¹ En Costa Rica, la Sala de lo Constitucional estableció la constitucionalidad del proyecto de aprobación del Estatuto, mediante resolución de consulta preceptiva de fecha 1 de noviembre del 2000,² mientras que en Colombia la Constitución dispone que la ley aprobatoria de un tratado debe ser objeto de revisión constitucional, lo cual se hizo mediante providencia C-578 del 2002, de la Corte Constitucional, que no sólo declara la constitucionalidad del Estatuto, sino que busca aclarar fundamentalmente los límites estrictos dentro de los cuales se deben interpretar y aplicar las normas de éste.³

¹ Véase José Luis Guzmán Dálbora: "Informe sobre Chile", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 163 ss.

² Véase Paul Hernández Balmaceda: "Informe sobre Costa Rica", en Ambos y Malarino: o. cit., pp. 259 ss.

³ Véase Alejandro Aponte: "Informe sobre Colombia", en Ambos y Malarino, o. cit., pp. 201 ss.

En El Salvador, ante la imposibilidad de contar con un dictamen constitucional previo para superar las posibles contradicciones del Estatuto con la Constitución o del decreto de ratificación, el Gobierno está pensando que la solución puede ser una compatibilidad global, a través de una sola reforma constitucional, consistente en proclamar que el Estado salvadoreño puede reconocer la competencia jurisdiccional de la Corte Penal Internacional y que no se considerarán inconstitucionales las posibles contradicciones o diferencias entre el Estatuto y la Constitución de la República, de modo similar a como lo hizo Francia y, a partir de su ejemplo, otros países como Luxemburgo, Brasil y Colombia.

Sin embargo, hasta la fecha de este informe, aún no se ha presentado ninguna propuesta de reforma constitucional. En el año 2003, lo único que hizo el Ministerio de Relaciones Exteriores fue presentar a la Asamblea Legislativa una solicitud de opinión acerca de la viabilidad o no viabilidad de esa posible reforma constitucional única. Esta iniciativa no es una petición de ratificación del Estatuto de Roma, sino solamente una especie de consulta técnica sobre la posibilidad de llevar a cabo una sola reforma constitucional. No pude tener conocimiento directo del texto en el que se expone la posible reforma constitucional. Dadas las relaciones muy cercanas con Colombia, es posible que El Salvador intente seguir una fórmula similar a la de este país.⁴

Según la funcionaria encargada de este tema en el Ministerio de Relaciones Exteriores,⁵ existen varios obstáculos para lograr este tipo de reforma constitucional global. Uno de ellos, que podemos llamar *obstáculo cultural*, es el desconocimiento generalizado entre los legisladores de los contenidos del Estatuto de Roma; son pocos los diputados que conocen el texto del Estatuto. Ese desconocimiento los hace incurrir en temor, no por ellos, sino por otras personas o sectores sociales, de que se pudiera vulnerar el principio de irretroactividad, es decir, que la adhesión al Estatuto de Roma pudiese permitir el juzgamiento de hechos ocurridos durante el conflicto armado. Esto puede calificarse como un *obstáculo político*, en la medida en que inten-

⁴ Colombia introdujo en el artículo 93 de su Constitución la disposición siguiente: "El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él". Véase Aponte, o. cit., p. 202.

⁵ Entrevista telefónica con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora general de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, San Salvador, 25 de febrero de 2005.

ta poner a salvo de cualquier jurisdicción a personas que en el pasado reciente ejercieron el poder o estuvieron vinculadas a su ejercicio y podrían resultar señaladas como autores de crímenes de competencia de la CPI.

Otro problema que señala la funcionaria citada es un *obstáculo jurídico constitucional*: la complicación y retardación de cualquier reforma constitucional que requiere de la concurrencia de voluntades de dos legislaturas consecutivas, una que acuerda y otra que ratifica la reforma.⁶ En efecto, el artículo 248 de la Constitución de la República de El Salvador establece un procedimiento engorroso de reforma constitucional, según el cual ésta sólo puede ser propuesta por un número de diez diputados y su decreto depende de dos momentos distintos: primero, el acuerdo de reforma constitucional, que puede aprobarse con el voto de la mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los diputados electos; segundo, la ratificación por la siguiente Asamblea Legislativa, mediante voto calificado de dos terceras partes de los diputados electos.

No obstante, este proceso podría no ser tan prolongado como parece, ya que los períodos legislativos son de tres años y, por lo tanto, una reforma constitucional puede decretarse en menos de un mes, siempre que sea acordada por una legislatura al final de su período y la siguiente la apruebe en los primeros días de su mandato, tal como ya ocurrió con las reformas constitucionales que se derivaron de los Acuerdos de Paz. En el caso que nos ocupa, la reforma constitucional única que habilitaría la compatibilidad global del Estatuto de Roma con la Constitución podría ser acordada por la presente legislatura a más tardar al final de su período, que es abril del 2006, y luego ser aprobada por la legislatura siguiente en mayo del mismo año. Es decir, en el término de un año, contados a partir de la fecha de este informe, El Salvador podría llegar a superar las incompatibilidades constitucionales señaladas al Estatuto de Roma e inmediatamente emitir el decreto de adhesión y ratificación de dicho estatuto. Ahora bien, si los diputados que integran la actual Asamblea Legislativa no acuerdan esa reforma constitucional, entonces esta posible solución se prolongaría hasta el año 2009, cuando concurran de nuevo la finalización y el comienzo de otras legislaturas. Es decir, una nueva oportunidad de reforma constitucional tendrá lugar dentro de un plazo aproximado de entre cuatro y siete años (2009 ó 2012).

⁶ Ídem.

En mi opinión, una alternativa a la reforma constitucional, que podría ser una forma de conseguir una decisión jurisprudencial previa, sería que la Asamblea Legislativa emitiera un decreto en el que expresara que, para los efectos de la vigencia del Estatuto de Roma, se considerará que éste, en forma general, no contradice disposiciones de la Constitución, salvo que dichas contradicciones se demuestren en cada caso concreto. Una vez emitido, el decreto tendría que ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad —que puede ser interpuesta por cualquier persona— para habilitar el proceso mediante el cual puede pronunciarse nuestro órgano de control concentrado de la Constitución, que es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Si la Sala considera que dicho decreto no es inconstitucional, entonces se habilitaría el camino a los órganos Ejecutivo y Legislativo para emitir los correspondientes decretos de adhesión y ratificación del Estatuto. Sin embargo, soy consciente de que éste sería un procedimiento engorroso, posiblemente incompatible con la Constitución misma, y que hace correr el riesgo de que la Sala de lo Constitucional termine admitiendo las contradicciones del Estatuto con la Constitución; de ese modo, en lugar de solución sería una complicación mayor, porque se prolongaría el proceso a la espera de la reforma constitucional, tal como ha ocurrido en Chile.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

El Salvador no ha suscrito el Estatuto de Roma ni adherido a él; por lo tanto, no cuenta con una ley ni con un proyecto de implementación del Estatuto en su legislación interna. En caso de que el país se adhiera, no se ha definido todavía si su implementación será por medio de una remisión directa a dicho Estatuto, por medio de una ley especial de implementación o a través de reformas a al Código Penal (CP) y al Código Procesal Penal (CPP).

Aunque El Salvador todavía no es parte del ECPI, se afirma que está haciendo una especie de estudio comparativo para su posterior implementación. En ese sentido, según información proporcionada por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores,⁷ se han recopilado y estudiado las leyes de implementación nacional de varios países, de las cuales la de Uruguay es la que más ha llamado la atención. Asi-

⁷ Entrevista con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora de la Unidad de Asesoría Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, San Salvador, 4 de marzo de 2004.

mismo, se está estudiando el establecimiento de un procedimiento para hacer efectivas en el país las sentencias de tribunales internacionales, dado que no existe normativa al respecto. Sin embargo, no se ha elaborado aún propuesta de reforma alguna, ni menos se ha presentado algo concreto a la Asamblea Legislativa.⁸ No se puede afirmar entonces que el posible proyecto de implementación o algunas de sus soluciones concretas utilizarán como fuente los proyectos o leyes de Uruguay o de otro país en particular, porque, tal como lo informó una de las funcionarias responsables de esta materia, no se cuenta todavía con ningún proyecto; a lo sumo puede decirse que se está elaborando una especie de preproyecto.⁹

2.3. Problemas que podrían surgir en caso de realizarse la implementación y sus posibles soluciones

2.3.1. *El convenio bilateral entre El Salvador y los Estados Unidos de América para evitar la extradición de nacionales ante la Corte Penal Internacional*

Este convenio, cuyo título es “Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto del traslado de personas a la Corte Penal Internacional”, fue firmado el 25 de octubre de 2002 —apenas tres meses después del comienzo de la vigencia del Estatuto de Roma—, remitido por la ministra de Relaciones Exteriores a la Asamblea Legislativa para su estudio y posible ratificación el 22 de enero del 2003 y ratificado por este último órgano de Estado el 29 de abril del 2004, con los votos del partido de gobierno (ARENA) y dos de sus partidos políticos aliados (PCN y PDC), mediante decreto legislativo n.º 318, del 29 de abril del 2004, publicado en el diario oficial n.º 90, tomo n.º 363, de 18 de mayo del 2004, vigente ocho días después de su publicación, es decir, desde el 25 de mayo del 2004. Sus principales cláusulas dicen:

⁸ Cf. Jaime Martínez Ventura: *Ley de Amnistía General y Falta de Adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional en El Salvador*, inédito, p. 28. Versión extensa de la ponencia presentada en el seminario internacional *La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional*, San Pablo (Brasil), 19 y 20 de marzo de 2004, organizado por el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCRIM) y la Fundación Konrad Adenauer (FKA), con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Georg-August Universität Göttingen (Alemania).

⁹ Entrevista telefónica con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora general de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores, San Salvador, 25 de febrero de 2005.

1. A los efectos del presente Convenio, por “personas” se entiende los funcionarios públicos, los empleados (incluidos los contratistas), el personal militar o los nacionales de una Parte, actuales o antiguos; y “trasladar” incluye extradición, entrega o traslado por cualquier medio.
2. Las personas de una Parte presentes en el territorio de la otra, no serán, salvo con el consentimiento expreso de la primera Parte, Trasladas por ningún medio a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni Trasladas por ningún medio a ninguna entidad ni a un tercer país, ni expulsadas a un tercer país, con el propósito de trasladarlas a la Corte Penal Internacional.
3. Cuando el Gobierno de los Estados Unidos de América traslade a una persona de la República de El Salvador a un tercer país, el Gobierno de los Estados Unidos de América no convendrá en que el tercer país la traslade a la Corte Penal Internacional, salvo con el consentimiento expreso del Gobierno de la República de El Salvador;
4. Cuando el Gobierno de la República de El Salvador traslade a una persona de los Estados Unidos de América a un tercer país, el Gobierno de la República de El Salvador no convendrá en que el tercer país la traslade a la Corte Penal Internacional, salvo con el consentimiento expreso del Gobierno de de los Estados Unidos de América.
5. Las partes convienen, sujetas a sus respectivas obligaciones jurídicas internacionales, no facilitar a sabiendas, ni consentir, ni cooperar con las gestiones de ninguna entidad o tercer país, incluyendo cualquier Estado Parte del Estatuto de Roma, para que se traslade a una persona de la otra Parte a la Corte Penal Internacional [...]

Según algunos funcionarios de gobierno, la posible solución a este problema estriba en que “independientemente de la expectativa que tenga el otro Estado parte, desde el punto de vista del Estado salvadoreño, este convenio bilateral solamente surtirá efecto mientras El Salvador no sea parte del Estatuto de Roma; una vez que nuestro país forme parte de dicho estatuto, éste prevalecerá sobre disposiciones de ese convenio bilateral; esta posición fue expuesta por la ministra del ramo a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Asamblea Legislativa, en el momento que fue presentado el convenio bilateral solicitando su ratificación”.¹⁰

¹⁰ Entrevista con la licenciada Ana Elizabeth Villalta Vizcarra, directora de la Unidad de Asesoría Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, San Salvador, 4 de marzo de 2004.

La interpretación anterior es cierta porque dicho instrumento, como todo convenio, puede ser denunciado por alguna de las partes; sin embargo, al igual que toda denuncia, tendría que pasar por un camino prolongado y difícil, puesto que la cláusula n.º 6 del convenio bilateral establece que éste permanecerá vigente hasta un año después de la fecha en que una de las partes notifique a la otra su intención de derogarlo y que sus disposiciones seguirán en vigor con respecto a todo acto que ocurra, o toda alegación que surja, antes de la fecha efectiva de la derogación.¹¹

Por ejemplo, en un caso concreto de posible traslado o entrega a la Corte Penal Internacional de un estadounidense que se encuentre en territorio salvadoreño, cuando el Estatuto de Roma esté vigente, El Salvador podría enfrentar un conflicto entre dos convenios, más aun si el hecho ocurre dentro del término de un año en el que se haya notificado a los Estados Unidos de América la intención de derogar el convenio bilateral, porque éste podría considerarse todavía vigente. Dados los antecedentes de proclividad de El Salvador hacia los intereses de Estados Unidos, es muy probable que en tal caso El Salvador se inclinaría por hacer la entrega a este país y no a la Corte Penal Internacional, sin importar que de ese modo se atente contra el artículo 86 del Estatuto de Roma, que establece como principio la obligación general de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

2.3.2. *Objeción de la competencia de la Corte Penal Internacional por inconstitucionalidades específicas en casos concretos*

Dado que es probable que El Salvador, para adherirse al Estatuto de Roma, adopte la fórmula de una sola reforma constitucional que establezca en términos generales la compatibilidad del Estatuto de Roma con la Constitución salvadoreña, también es probable que, al presentarse determinados casos concretos, nuevamente surjan objeciones de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones de dicho Estatuto, como la pena de prisión perpetua prevista en el Estatuto (artículo 77.1.b del ECPI) pero prohibida expresamente por la Constitución (artículo 27, inciso 2º); la posible afectación al principio de prohibición de la persecución penal múltiple o *ne bis in idem* (artículo 20.3 del ECPI frente al artículo 11, inciso 1º, *in fine*, de la

¹¹ Véase Martínez Ventura: o. cit., p. 29

Constitución) y el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno por el Estatuto (artículo 27), dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antejuicio (artículos 236 a 238).

Una solución preventiva a estas posibles objeciones sería que, en lugar de una reforma constitucional, se emitiera un decreto de ratificación que después fuese sometido a un proceso de inconstitucionalidad para lograr que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se pronunciara confirmando su constitucionalidad. Dicho decreto, además de la fórmula de compatibilidad global entre el Estatuto y la Constitución, debería hacer hincapié en las disposiciones antes mencionadas y expresar explícitamente que, a los efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional, se entenderá que no podrá alegarse la existencia de inconstitucionalidad alguna y en consecuencia la jurisdicción constitucional salvadoreña no podrá admitir ningún tipo de demanda o recurso en contra de tales disposiciones. Al contar así con jurisprudencia constitucional favorable, las objeciones tendrían poca probabilidad de prosperar. De lo contrario, es posible que este tipo de oposiciones prolonguen indefinidamente cualquier proceso ante la Corte Penal Internacional, ya que tendría que esperarse la sentencia de la Sala de lo Constitucional ante las posibles demandas interpuestas, que podrían ser de amparo o de inconstitucionalidad.

2.3.3. Leyes de amnistía o indultos

Otro problema que puede enfrentarse durante la implementación es que el Gobierno salvadoreño decrete una amnistía o indulto en favor de nacionales acusados de cometer alguno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esto es muy probable, ya que existen abundantes y lamentables antecedentes de leyes de amnistía que favorecen la impunidad de crímenes de este tipo; las más recientes han sido la Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional, de 1987,¹² la Ley de Reconciliación Nacional, de 1992,¹³ y la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz,¹⁴ que todavía se mantiene vigente.

La posible solución a este tipo de decretos podría estar en las propias disposiciones del Estatuto de Roma, puesto que en su artículo 29 se establece que los críme-

¹² Decreto legislativo 805, de 27 de octubre de 1987, *Diario Oficial* n.º 199, tomo 297, 28 de octubre de 1987.

¹³ Decreto legislativo 147, de 23 de enero de 1992, *Diario Oficial* n.º 14, tomo 314, 23 de enero de 1992.

¹⁴ Decreto legislativo 486, de 20 de marzo de 1993, *Diario Oficial* n.º 56, tomo 318, 22 de marzo de 1993.

nes de la competencia de la Corte no prescriben y, ya que el Estatuto es un tratado internacional, prevalecería sobre cualquier ley o decreto legislativo, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2.º, artículo 144 de la Constitución de la República, que da prioridad al tratado sobre una ley cuando éstos entren en contradicción.¹⁵

Otra solución sería interponer una demanda de inconstitucionalidad en contra del decreto de amnistía o indulto, para que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad dicho decreto. Para ello habría que valerse de la doctrina y las recomendaciones de organismos internacionales que forman parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

De acuerdo con la doctrina de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, una amnistía no debe necesariamente ser incondicional y absoluta para cumplir con el propósito de reconciliación. En un reconocido estudio internacional sobre las leyes de amnistía, Louis Joinet advierte que, cuando un Estado cae en la tentación de promulgar una ley de amnistía recíproca, en realidad lo que busca es “organizar la impunidad de los agentes estatales o paraestatales, autores de graves atentados a la dignidad humana [...] la tortura, las desapariciones involuntarias o forzadas o las ejecuciones sumarias podrían en determinados casos y en determinadas condiciones, asimilarse a delitos internacionales o a delitos de lesa humanidad [...]”.¹⁶ Enseguida agrega:

[...] según el derecho internacional, esos delitos quedan excluidos de la categoría de delitos políticos, o más exactamente, sin negar su carácter político, las normas de derecho internacional se oponen a que surtan efecto determinadas protecciones vinculadas a la calificación de delitos políticos [...] Cuando reúnen esos elementos —acumulación de infracciones similares bastante numerosas y vinculadas entre sí y una tolerancia por parte de las autoridades superiores del país— tratándose de torturas, de desapariciones involuntarias o forzadas o de ejecuciones extrajudiciales, el atentado a la condición humana es tal que el derecho al olvido amenaza con transformarse en derecho a la impunidad.¹⁷

¹⁵ La disposición dice: “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

¹⁶ Naciones Unidas: *Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos. Informe del Sr. Louis Joinet. Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías*. E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, 1985, p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 14 y 16.

Otro autor, refiriéndose a una de las leyes de amnistía de El Salvador, sostiene que las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzosas y la tortura no pueden ser incluidas en leyes de amnistía porque violarían la imprescriptibilidad de tales crímenes, establecida en normativas como los artículos 4, 5, 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸ Según Robert Goldman:

[...] en lugar de consolidar la democracia y promover la reconciliación nacional, estas leyes a menudo han debilitado el Estado de Derecho y han dividido profundamente a la población [...]. Este tipo de olvidos oficiales convierten en ciudadanos de segunda clase a aquellos que, habiendo sufrido violaciones de sus derechos, encuentran que la democracia no les ofrece más recursos legales como demandantes que aquellos que tenían como víctimas o acusadas durante el régimen.¹⁹

En cuanto a las recomendaciones de organismos de los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos, tanto en el ámbito interamericano como en el universal, se ha recomendado al Estado de El Salvador derogar, suprimir o al menos sustituir la Ley de Amnistía General todavía vigente, a efectos de poder juzgar los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos durante el pasado conflicto armado.

En el sistema interamericano, en el informe 136/99, caso 10.488, de fecha 22 de septiembre de 1999, sobre las ejecuciones extrajudiciales de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana (UCA) y dos empleadas,²⁰ perpetrado en noviembre de 1989, la Comisión Interamericana recomendó al Estado salvadoreño: “Adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General”. De igual manera, en el informe 37/00, caso 11.481, ejecución extrajudicial del arzobispo de San Salvador, Oscar Arnulfo Romero, la Comisión Interamericana formuló al Estado de El Salvador esa misma recomendación.

¹⁸ Howland, o. cit., pp. 279-290.

¹⁹ Citado por Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana (IDHUCA): “Amnistía: una cuestionable solución”, en *El Salvador Proceso. Informativo semanal*, vol. 13, n.º 555, San Salvador, 17 de marzo de 1993, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, p. 15.

²⁰ Las víctimas fueron los sacerdotes Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno; la señora Julia Elba Ramos y la hija de ésta, la menor Celina Mariceth Ramos.

En el caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana sentó su posición sobre las leyes de amnistía, al establecer:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²¹

En cuanto al sistema universal, en el documento “Examen de los informes presentados por los Estados partes, de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión del 50.º período de sesiones, de fecha 18 de abril de 1994, sobre el Estado de El Salvador, recomendó: “Que el Estado parte examine el efecto de la Ley de Amnistía y que enmiende o derogue esa ley, según sea necesario”.²² Nueve años más tarde, el 22 de agosto del 2003, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ratificó las preocupaciones y recomendaciones expresadas en el documento anterior.²³

3 ● Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

3.1. Regulación legal de El Salvador en cuanto a la aplicación espacial de la ley penal

Las disposiciones legales que regulan la aplicación espacial de la ley penal en El Salvador están previstas en el Código Penal (CP) y en el Código Procesal Penal (CPP).

²¹ Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú*), sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, párrafo 2, citado por Pomi: o. cit., p. 60.

²² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos: 50.º período de sesiones. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 18 de abril de 1994.

²³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos: 78º período de sesiones. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 22 de agosto de 2003.

Tales disposiciones son:

3.3.1. Código Penal

1.1. Principio de territorialidad

Artículo 8. La ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

1.2. Principio personal o de nacionalidad

Artículo 9. También se aplicará la ley penal salvadoreña:

- 1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo;
- 2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado; y,
- 3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños.

1.3. Principio de Universalidad

Artículo 10. También se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente.

3.3.2. Código Procesal Penal (CPP)

2.1. Extensión

Artículo 48. La competencia penal se ejercerá por los tribunales y jueces de la República y estarán sometidos a ella los nacionales y los extranjeros.

La competencia se extenderá:

- 1) Al conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas por la Constitución de la República y el Derecho Internacional; y,
- 2) Al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio de la República conforme a lo establecido en el Código Penal.

El juez o tribunal con competencia para conocer de un delito o falta también podrá resolver todas las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del

procedimiento, aunque no pertenezcan al orden penal. La resolución sobre tales incidentes producirá efectos únicamente en el ámbito penal.

Se exceptúan las cuestiones referentes a la determinación del estado familiar de las personas y del derecho de propiedad en el caso de usurpación.

2.2. Reglas subsidiarias

Artículo 60. Si es desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, conocerá el juez a prevención.

Si la ejecución del delito se inició en territorio nacional y se consumó en territorio extranjero, o viceversa, será competente el juez del lugar donde se inició la acción u omisión o, en su defecto, el juez del lugar donde se produjo el resultado o sus efectos.

En caso de extraterritorialidad de la ley penal, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

En los delitos cometidos a bordo de naves o de aeronaves comerciales o privadas, cuando naveguen en aguas jurisdiccionales o en el espacio aéreo nacional, será competente el juez del lugar donde arribe la nave o aeronave. Cuando la nave o aeronave no arribe en territorio nacional, será competente el juez de la capital de la República que se encontraba de turno al momento de cometerse el hecho.

El único principio que no contempla ni el Código Penal ni el Código Procesal Penal es el principio de personalidad pasiva (cuando la víctima fuera nacional del Estado).

Al realizar una valoración de los principios aquí establecidos, se puede advertir que éstos rigen para los crímenes internacionales contemplados en la legislación salvadoreña o en la legislación internacional, siempre que exista un correlato interno que complemente su punibilidad. Los principios de nacionalidad y jurisdicción universal se aplican a los delitos cometidos fuera del territorio salvadoreño.

3.2. La aprobación del Estatuto de Roma y posibles modificaciones a las regulaciones legales sobre aplicación espacial de la ley penal

A mi criterio, una vez que El Salvador se adhiera al Estatuto de Roma, no será necesario que modifique las disposiciones legales antes citadas que regulan la aplicación espacial de la ley penal a los crímenes internacionales. A partir del principio de complementariedad de la jurisdicción de la CPI, puede afirmarse que los principios de territorialidad, nacionalidad y jurisdicción universal establecidos en el Código Penal (CP) salvadoreño, complementados por las disposiciones sobre extensión de la

competencia y subsidiariedad, prescritas en el Código Procesal Penal (CPP), son más que suficientes para que un crimen internacional, cometido en territorio salvadoreño o en cualquier parte del mundo, pueda ser perseguido y juzgado por El Salvador.

En cuanto al principio de jurisdicción universal, no existe ninguna norma interna que expresamente limite la actuación de este principio en los casos en que la CPI pudiera tener competencia; de este modo se confirma que, en el caso de El Salvador, en principio prevalecerá su jurisdicción y la CPI sólo podrá conocer de forma complementaria. El artículo 10 del CP introduce el principio de justicia universal de forma ilimitada, ya que no contempla ninguna restricción —espacial o temporal—. ²⁴ Además, extiende a la jurisdicción salvadoreña el conocimiento de aquellas conductas que violenten tratados o normas del derecho internacional o sean un atentado contra los derechos humanos de reconocimiento universal. Es una regulación bastante amplia.

De conformidad con las disposiciones señaladas, la expresión “el Estado que tiene o tenga jurisdicción” sobre el asunto, establecida en el artículo 17.1 del Estatuto de Roma, se entiende que incluye tanto al Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen (principio de territorialidad), al Estado al que pertenezcan las personas que perpetraron el crimen (principio de nacionalidad) e incluso a un tercer Estado que tenga voluntad de perseguir el crimen y a la vez tenga contemplado el principio de jurisdicción universal.

Es decir, con base en el principio de complementariedad, la Corte Penal Internacional solamente podrá admitir un caso concreto, siempre que los diversos países que pudieran ejercer su propia jurisdicción basada en cualquiera de los tres principios antes explicados (territorialidad, nacionalidad o jurisdicción universal) no la hayan ejercido porque no quieren o porque no pueden, o se demuestre que el ejercicio (investigación o enjuiciamiento) sólo se haga con la intención de evadir el enjuiciamiento. Pero, si al menos uno de varios Estados que tienen jurisdicción emprende seriamente un proceso de investigación, la Corte no podría admitir ese caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1.a del Tratado de Roma.

²⁴ Lógicamente, la única restricción temporal que deberá respetarse es la fecha a partir de la cual entró en vigencia el Código Penal (20 de abril de 1998).

Por ejemplo, supongamos que El Salvador, Haití y la República Dominicana son todos partes del Estatuto de Roma. Algunos soldados y oficiales salvadoreños que participan en una misión en Haití resultan posteriormente involucrados como autores o partícipes de varias masacres configuradas como genocidio. Haití declina al ejercicio de su jurisdicción territorial porque no tiene condiciones para realizar la investigación y el enjuiciamiento; El Salvador, que también tiene competencia en razón del principio de nacionalidad, se niega a enjuiciar a los militares acusados que ya se encuentran en territorio salvadoreño; pero la República Dominicana inicia un proceso serio de investigación y reclama para sí la competencia con base en el principio de jurisdicción universal. En este caso, la CPI deberá declarar inadmisibile el caso si le fuese presentado, mientras se mantenga el proceso de investigación iniciado por la República Dominicana. Pero, si se llega a comprobar que este tercer país no puede o no tiene la voluntad real de enjuiciar a los imputados, entonces el caso sí podría ser admitido por la Corte.

4. Conclusiones

El Salvador no sólo sigue siendo uno de los países que no forman parte del Estatuto de Roma, sino que muestra un grave retraso en el proceso que lo llevaría a formar parte de él, ya que, al no haberlo suscrito en el momento oportuno, no le queda más que una posible adhesión, que podría estar todavía muy lejos.

La versión oficial acerca de la falta de adhesión al Estatuto de Roma pretende justificarse en las posibles contradicciones de algunas normas de dicho Estatuto con disposiciones de la Constitución de la República. Tal justificación es sólo aparente, porque esa misma dificultad fue enfrentada por muchos países del mundo, incluyendo varios de la región latinoamericana que, para superarlas, adoptaron diversas modalidades de reformas jurídicas, incluso de reforma constitucional. En consecuencia, existen amplias y diversas experiencias en el derecho comparado que pueden servir como orientación para que el Estado salvadoreño supere las dificultades constitucionales alegadas.

A sabiendas de esas experiencias, se tiene conocimiento de que el órgano Ejecutivo, a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores, ha hecho algunos esfuerzos

para encontrar una solución a las dificultades enfrentadas. Uno de ellos consiste en solicitar al órgano Legislativo un dictamen sobre la viabilidad de realizar una sola reforma constitucional que habilite la compatibilidad global del Estatuto con la Constitución de la República, como paso previo a la adhesión y posterior ratificación del Estatuto. Sin embargo, nos parece que esa propuesta ha complicado innecesariamente el procedimiento, porque sería mejor que el Ejecutivo se adhiriera al Estatuto y luego lo enviara a la Asamblea Legislativa para que ésta lo ratificara.

El debate sobre la necesidad o no de una reforma constitucional debería darse exclusivamente en el seno de la Asamblea Legislativa con miras a la ratificación del Estatuto. En este aspecto, el Gobierno de El Salvador debe darse prisa, porque cualquier reforma constitucional requiere del concurso de dos legislaturas sucesivas, una que aprueba la reforma mediante el voto de la mayoría simple —mitad más uno— de los diputados electos y otra que debe ratificarla con el voto calificado de dos terceras partes. Si la legislatura actual, cuyo período de funciones vence en abril del 2006, acordara la reforma constitucional, la siguiente legislatura podría ratificarlas en mayo de ese mismo año, y entonces la adhesión de El Salvador podría lograrse en poco más de un año a partir de la fecha de este informe. Si se pierde esta oportunidad, tendrá que esperarse cuatro años más, cuando se cuente con circunstancias similares en mayo del 2009, o siete años si la ratificación se deja para el final de la legislatura que terminaría su período en abril del 2012.

A mi criterio, un mecanismo alternativo a la reforma constitucional que puede llegar a convertirse en una especie de decisión jurisprudencial previa sería que la Asamblea Legislativa emitiera un decreto de compatibilidad global del Estatuto con la Constitución, y que, una vez emitido, dicho decreto fuera sometido a un proceso de control de constitucionalidad que le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de una demanda de inconstitucionalidad que puede ser incoada por cualquier persona. Si la Sala de lo Constitucional no lo declara inconstitucional, entonces se habilitaría el camino a los órganos Ejecutivo y Legislativo para la emitir los correspondientes decretos de adhesión y ratificación del Estatuto.

Las contradicciones o incompatibilidades del Estatuto con las constituciones nacionales no son un obstáculo insuperable. Lo determinante es la voluntad política de los Estados de ser o no ser parte de dicho tratado internacional. El Salvador, a casi tres años de vigencia del Estatuto de Roma, todavía no ha dado suficientes muestras de voluntad para formar parte de él. Por el contrario, ha demostrado una voluntad

totalmente contraria, ya que el 29 de abril del 2004 la Asamblea Legislativa ratificó un convenio bilateral con los Estados Unidos de América para impedir que los nacionales de uno u otro país puedan eventualmente ser trasladados, es decir, entregados a la Corte Penal Internacional o extraditados a un tercer país que reconozca la jurisdicción de dicha corte.

Ese convenio bilateral con los Estados Unidos es uno de los principales obstáculos jurídicos y políticos que por ahora tiene El Salvador para adherirse al Estatuto de Roma; también, en caso de que finalmente se adhiera al Estatuto, ese convenio bilateral será un problema para la implementación, puesto que, aun si El Salvador decidiera denunciar el convenio, éste establece que sus efectos durarán un año después de comunicarse formalmente la voluntad de una de las partes por denunciarlo.

Si se presentara algún caso concreto de posible traslado o entrega a la Corte Penal Internacional de un estadounidense que se encuentre en territorio salvadoreño, El Salvador podría enfrentar un conflicto entre dos convenios. Dados los antecedentes de proclividad de El Salvador hacia los intereses de Estados Unidos, es muy probable que en tal caso se inclinara por hacer la entrega a este país y no a la Corte Penal Internacional, aun en contra del artículo 86 del Estatuto de Roma, que establece como principio la obligación general de cooperar plenamente con la Corte.

Otro problema que podría enfrentarse durante la implementación es que nuevamente surjan objeciones de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones específicas de dicho Estatuto, como la pena de prisión perpetua prevista en el Estatuto pero prohibida expresamente por la Constitución, o el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno por parte del Estatuto, dado que la Constitución de El Salvador reconoce el privilegio de antejuicio a varios funcionarios.

Un decreto de ratificación que después fuese sometido a un proceso de inconstitucionalidad podría funcionar como una solución preventiva a estas posibles objeciones, siempre que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie confirmando la constitucionalidad del Estatuto. Para tal efecto, el decreto de ratificación, además de la fórmula de compatibilidad global, debería destacar las disposiciones posiblemente contrarias a la Constitución y expresar explícitamente que a los efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional se entenderá que no podrá alegarse la existencia de inconstitucionalidad alguna, y de esa manera cual-

quier proceso de inconstitucionalidad en la jurisdicción interna podría declararse inadmisibile.

Un tercer obstáculo puede ser la emisión de leyes de amnistía o indultos para crímenes cometidos después de que El Salvador formara parte del Estatuto. En este caso, la solución está presente en el mismo Estatuto, que declara imprescriptibles los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte. Otra solución sería presentar rápidamente demandas de inconstitucionalidad contra las leyes o decretos de amnistía o indultos, basadas en la amplia doctrina, la jurisprudencia comparada y las recomendaciones específicas al Estado salvadoreño por parte de organismos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos que han recomendado la derogación, anulación o sustitución de la Ley de Amnistía General todavía vigente.

Cuando El Salvador se adhiera al Estatuto de Roma no tendrá necesidad de modificar las disposiciones legales que regulan la aplicación de la ley penal a los crímenes internacionales. Los principios de territorialidad, nacionalidad y jurisdicción universal establecidos en el Código Penal (CP) salvadoreño, complementados por las disposiciones sobre extensión de la competencia y subsidiariedad, prescritas en el Código Procesal Penal (CPP), son más que suficientes para que un crimen internacional, cometido en territorio salvadoreño o en cualquier parte del mundo, pueda ser perseguido y juzgado por El Salvador, y de esta manera se convalida el principio de complementariedad que rige a la Corte Penal Internacional.

No existe ninguna norma interna referida al principio de jurisdicción universal que expresamente limite la actuación de este principio en los casos en que la CPI pudiera tener competencia; por el contrario, el artículo 10 del Código Penal salvadoreño, establece el principio de justicia universal de forma ilimitada, ya que no contempla ninguna restricción —espacial o temporal—. Además, extiende a la jurisdicción salvadoreña el conocimiento de aquellas conductas que violenten tratados o normas del derecho internacional o sean un atentado contra los derechos humanos de reconocimiento universal.

1 • Introducción

México, firmó el Estatuto *ad referendum* el 7 de diciembre del 2000, en ocasión de la cumbre del milenio. Sin embargo, fue en la actual administración del presidente Vicente Fox y en el medio de las negociaciones para la firma de un TLC con la UE,¹ que el titular del Ejecutivo envió a la Cámara de Senadores un Proyecto de Reforma Constitucional al artículo 21, con el objetivo de reconocer a través de la máxima ley que rige el país la aceptación de la jurisdicción de algunos tribunales internacionales, entre ellos la CIJ, la CIDH y la propia CPI.²

El 16 de diciembre del 2002, la cámara de Senadores aprobó la adición de un quinto párrafo al artículo en cuestión y, atendiendo al procedimiento establecido por la CPEUM, la Cámara de Senadores turnó el expediente a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación. Finalmente, después de introducir en su agenda legislativa en más de tres períodos ordinarios la adición de un quinto párrafo al artículo 21 Constitucional, éste fue aprobado el 9 de diciembre del 2004.

¹ La iniciativa de reforma del artículo 21 fue enviada a la Cámara de Senadores el 30 de noviembre del 2001. Véase www.iccnw.org.

² Para más detalles sobre el contenido del Proyecto de reforma propuesto por el Ejecutivo véase Elia Patricia Neri Guajardo: "Informe México", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 403-445.

Posteriormente, la Cámara de Diputados turnó a las legislaturas locales el proyecto de reforma constitucional, y en un plazo de aproximadamente seis meses los congresos locales dieron su visto bueno a la adición de un quinto párrafo al artículo 21.³

Finalmente, y después de algunos años de trabajo, el Senado de la República aprobó la ratificación del Estatuto por el Estado mexicano el 22 de junio del 2005, con un total de 75 votos a favor y 1 en contra.

Una vez acontecido lo anterior, la sociedad civil, representada por la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de una CPI, solicitó al Ejecutivo Federal que no realizara ninguna declaración interpretativa al Estatuto, que rápidamente se abocara al proceso de implementación en la legislación interna e instalara las mesas de discusión para tales efectos, ya que actualmente no se cuenta con ningún proyecto de ley de implementación en el Congreso de la Unión.

No obstante, informaciones absolutamente extraoficiales han señalado que la SRE ha solicitado a una institución de educación superior del país la elaboración de un posible texto de Ley de Implementación. Este documento —si existe— no ha sido dado a conocer a la opinión pública ni a la Coalición Mexicana de ONG para el Establecimiento de la CPI; en consecuencia, no es posible realizar comentario alguno sobre sus contenidos ni, en su caso, respecto de las propuestas que contemple para la implementación del Estatuto en el orden jurídico mexicano.

³ Según el artículo 135 de la CPEUM, para reformarla es necesario que el Congreso de la Unión —Cámara de Senadores, como cámara de origen y la Cámara de Diputados, como cámara revisora en este caso— por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el momento de la votación, acuerde las reformas o adiciones, además es necesario que las reformas o adiciones sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Es por esta última razón que se requiere contar con el apoyo de 16 legislaturas locales, para que la adición al artículo 21 quede en firme.

En adelante, para toda referencia a disposiciones constitucionales o legislación federal interna, consúltese <http://info.juridicas.unam.mx/infojur/leg/legmexfe.htm>.

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Para la ratificación del Estatuto, los legisladores mexicanos decidieron adicionar únicamente un quinto párrafo al artículo 21 constitucional. Analizando los debates sostenidos por los Senadores y los Diputados del Congreso de la Unión, no se vislumbra la intención de modificar ningún otro precepto constitucional.⁴

Esta situación hace presumir que la República Mexicana ha adoptado la decisión de interpretar armónicamente la CPEUM con relación a los diversos contenidos del Estatuto, situación que se confirma si se atiende al dictamen de la Cámara de Senadores cuando señala que México asume la fórmula francesa para iniciar el camino a la ratificación.⁵

Por lo que respecta a la necesidad concreta de modificaciones constitucionales, la autora de este informe opina que, en el ámbito estrictamente jurídico, la ratificación del Estatuto habría sido posible sin ninguna reforma constitucional, en virtud de tres situaciones en particular:

1. La complementariedad de la CPI indica la supremacía de las jurisdicciones nacionales, y esto último debería entenderse en el sentido de que cualquier país donde exista un Estado de derecho ejercerá jurisdicción cuando se cometa un delito dentro de su territorio, sin importar la naturaleza de aquel.
2. El Estatuto establece expresamente las condiciones excepcionales y los crímenes concretos en los cuales la CPI puede ejercer jurisdicción y, al mismo tiempo, establece los supuestos en los que se puede presumir que un Estado parte no investiga o

⁴ Situación que se desprende del contenido de los debates parlamentarios en la Cámara de Senadores y Diputados. Véase la versión estenográfica de la sesión del 14 de diciembre del 2002, sobre la votación del dictamen que reforma el artículo 21 Constitucional referente a la CPI. www.camaradesenadores.org.mx y el dictamen de la Cámara de Diputados contenido en la *Gaceta Parlamentaria* n.º 1644 del jueves 9 de diciembre del 2004, www.camaradediputados.org.mx.

⁵ En opinión de Sergio García Ramírez, este dictamen fue el resultado de “[...] un laborioso proceso de análisis, consulta y discusión [...] al interior de las fracciones parlamentarias como entre ellas mismas [...]”. En mi particular opinión, ese dictamen fue el resultado de una lectura parcial del Estatuto que pone en evidencia el desconocimiento de los senadores sobre sus temas más fundamentales. Para confirmar esta postura, baste simplemente comparar el debate parlamentario francés con el mexicano; el dictamen del Senado mexicano, con relación al dictamen francés para proceder a la reforma constitucional y, finalmente, el mismo contenido de la reforma al artículo 21 de la CPEUM, con el contenido del artículo 57.2 de la Constitución francesa. Sergio García Ramírez: “Propuesta de reforma constitucional sobre la Corte Penal Internacional aprobada por el Senado de la República (14 de diciembre del 2002)”, en *La Corte Penal Internacional*, México: INACIPE, 2.º edición, 2004, pp. 151-165.

enjuicia de buena fe los hechos constitutivos de crímenes internacionales y a sus autores. Aunado a ello y de forma inédita, se incluye en un tratado internacional —que permite la creación de un organismo jurisdiccional internacional con capacidad para determinar la existencia de responsabilidad penal— una serie de normativas que en el plano interno se identificarían con una parte general y especial de un CP, un CPP, una ley orgánica del poder judicial y, finalmente, un conjunto de normas relativas a la ejecución de sanciones, todas las cuales satisfacen los estándares mínimos internacionalmente reconocidos del debido proceso. Con esto se da cumplimiento, entre otras cosas —no sin controversias—, a la exigencia de la CPEUM de satisfacer el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

3. Cuando México reconoció la jurisdicción contenciosa de la CIJ y más recientemente de la CIDH, no realizó ninguna reforma constitucional, así como tampoco modificó su legislación interna; curiosamente, en el año 2003 México compareció ante las dos jurisdicciones internacionales referidas.⁶

Pese a ello, atendiendo a la tradición político-jurídica de este país —históricamente determinada— y a la naturaleza misma del Estatuto, habría sido imposible allanar el camino hacia una futura ratificación e implementación sin que éste tuviera un sustento constitucional. Esto, atendiendo principalmente a la idea de que la CPI podría en su caso tener injerencia en los asuntos internos de la nación, lo cual contrasta fuertemente con la idea que en el ámbito político —cuyos operadores serán en definitiva los artífices de que México se convierta en Estado parte— se sostiene del concepto de soberanía.

Finalmente, en virtud de esta misma tradición y de nuestras formas políticas, habría sido impensable llevar a cabo en forma paralela el proceso hacia la ratificación y la implementación del Estatuto.⁷

⁶ En el caso de la CIJ, en virtud de los mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos sin que hubiese mediado asistencia consular y, por lo que toca a la CIDH, por el caso de una persona detenida y torturada —según el escrito de demanda— que fue condenada a una elevada pena de prisión, tomando como fundamento una confesión obtenida irregularmente. *Ibidem*, p. 153

⁷ Como señala Triffterer, el llevar a cabo estos procesos en forma separada puede ser incluso adecuado, en virtud de que esto otorga un mayor tiempo para reflexionar “[...] sobre el cómo y hasta qué punto la implementación del Estatuto exige modificaciones en los sistemas legales domésticos [...]”. Otto Triffterer: “Domésticos de ratificación e implementación”, en Kai Ambos (coord.): *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollo post-Roma*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 13-48.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como se ha mencionado, el único hipotético proyecto de implementación del Estatuto en el país no se ha hecho público. No obstante, existen algunas situaciones que permiten suponer que, cuando este proceso se lleve a cabo, se tenderá definitivamente a asegurar por toda vía posible la prioridad de la jurisdicción nacional y excepcionalmente la jurisdicción de la CPI. Ciertamente, ésta es la situación más deseable y prácticamente la requerida por el mismo Estatuto, si bien el conflicto se puede configurar cuando la preservación de la jurisdicción nacional se pretenda lograr a través de los mecanismos, preceptos y formas menos adecuados. Como ejemplo puedo referir la propia reforma constitucional del artículo 21, que, entre otras cosas, parece desconocer que la aceptación de la jurisdicción de la CPI no es facultativa;⁸ que el Estatuto no admite reservas y que —según el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, contenido en la CVDT, de la cual México forma parte— no se puede invocar el derecho interno para incumplir una obligación internacionalmente asumida.⁹

Por otra parte, también es posible referir la especial posición de México en el momento de negociar algunas disposiciones claves para el funcionamiento eficaz de la CPI, como lo sería la cooperación de los Estados con aquella. En esta cuestión, México se inclinó por una cooperación horizontal, mediante la cual se destaca la soberanía del Estado,¹⁰ pero se diluyen los objetivos del Estatuto y del mismo DPI. En este aspecto, es muy oportuna la afirmación de Karayan, en el sentido de que, al convertirse en Estado parte, un país no sólo debe adaptar su legislación interna a las cuestiones más controvertidas del Estatuto, sino que además los Estados deben asumir las consecuencias jurídicas que supone el compromiso de cooperar con la CPI.¹¹ Esto implica que un país no debe correr el riesgo de asumir un doble discurso frente a la

⁸ El artículo 12 del Estatuto, señala: “El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5 [...]”.

⁹ La CVDT fue publicada en el DOF el 28 de abril de 1988 y ratificada el 14 de enero del mismo año. Algunos de los artículos relacionados con estos comentarios son los siguientes: El artículo 19 señala que un Estado puede formular reservas en el momento de ratificar el instrumento, a menos que la reserva esté prohibida por el tratado; el artículo 26, indica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, y finalmente el artículo 27 establece que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado.

¹⁰ Hans Peter Kaul y Claus Krieb: “Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y Compromisos”, en Ambos (coord.): o. cit., pp. 297-341.

¹¹ Mónica Karayan: “La cooperación con una corte penal internacional permanente”, en Ambos (coord.): o. cit., pp. 343-371.

Corte, es decir, mostrar externamente una actitud positiva y favorecedora frente a sus objetivos, pero al mismo tiempo y en el ámbito interno imposibilitar política y jurídicamente la concreción de dichos objetivos en los términos propuestos por el Estatuto.

Infortunadamente, parece ya una costumbre del Estado mexicano —apelando a los principios que rigen su política exterior y a su particular concepción de la soberanía— la de incluir, al ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos, reservas o cláusulas interpretativas que podrían menoscabar en su momento la eficacia de estos instrumentos, ya que afectan disposiciones claves dirigidas a combatir la impunidad de crímenes internacionales.¹²

Desde mi punto de vista y a efectos de tener la posibilidad jurídicamente adecuada de perseguir en el ámbito nacional la comisión de crímenes internacionales, México podría abrazar dos opciones: una modificación de la legislación penal y procesal penal, o bien la redacción de una ley de implementación que satisfaga todos los requerimientos del Estatuto.

En el caso de la primera opción, sería deseable que se hicieran reformas de la legislación penal en lo siguiente:

- en la parte general del CPF, a efectos de establecer una correspondencia con la parte III del Estatuto en algunos aspectos fundamentales;
- en la parte especial del CPF, para tipificar los crímenes en forma idéntica a los artículos 6, 7 y 8, incluyendo en estas normas algunas disposiciones sobre la aplicación de la parte general que no se desearan modificar, respecto de la comisión de otros delitos no considerados como crímenes internacionales;
- también en la parte especial, la inclusión de los delitos contra la administración de justicia de la CPI, atendiendo al artículo 70.4 del Estatuto;
- asimismo, serían necesarias algunas modificaciones en las leyes orgánicas de la PGR, del PJF y de todas las posibles instituciones involucradas, en el sentido de incluir disposiciones que permitan la cooperación con la CPI.

En el caso de la segunda opción —es decir, una ley de implementación general—, se deben englobar todos los aspectos antes señalados, incluyendo además, a

¹² Dos ejemplos sumamente singulares los constituyen la relativa a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y la Convención para la Desaparición Forzada de Personas. Consúltese la página web de la SER, www.sre.gob.mx.

través de una fórmula no limitativa, las formas de cooperación que los tres poderes de la Unión podrían en su momento establecer con la CPI y los diversos órganos que la integran.¹³ Sería muy oportuno también, a efectos de reducir los *contenidos no deseados* de la reforma constitucional, que en la ley de implementación expresamente se manifestara que el Estado mexicano en ningún caso podrá unilateralmente decidir cuándo un asunto puede o no ser admitido por la CPI.¹⁴

Es necesario adelantar que el proceso de implementación del Estatuto en el orden jurídico interno no será, en ningún caso, un proceso pacífico o libre de controversias. A continuación se sugieren algunas de las problemáticas que podrían surgir, en el proceso de implementación:

- entrega de nacionales;
- regulación del principio *non bis in idem*;
- principio de legalidad;
- principio de culpabilidad;
- inmunidades e inviolabilidades.

2.2.1. Entrega de nacionales

Tradicionalmente, se denomina *extradición* a la entrega que un Estado hace a otro, de un individuo acusado o sentenciado que se encuentra en territorio del primero y que el segundo le reclama, con el fin de juzgarlo o de que cumpla la sanción o medida de seguridad impuesta.¹⁵ No obstante, en los términos del artículo 102 del

¹³ Estas formas de cooperación que se realizarán conforme a los procedimientos ya establecidos por el Estado mexicano pueden referirse a la identificación y la búsqueda de personas u objetos; a la toma de testimonios, presentación de pruebas; interrogatorios a personas investigadas o sometidas a enjuiciamiento; notificación de documentos; el facilitar la comparecencia de personas ante la CPI; los traslados provisionales de personas; el examen de lugares o inhumaciones; la ejecución de cateos y decomisos; la transmisión de registros y documentos; la protección de víctimas y testigos y cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por el Estado mexicano.

¹⁴ Esta última afirmación es una de las posibles soluciones al contenido de la adición del quinto párrafo del artículo 21 Constitucional, que autoriza a que el presidente de la República, junto con el Senado, decida o no aceptar la jurisdicción de la CPI, caso por caso. Por lo que respecta a la homogeneización de criterios en la parte general del derecho penal interno, ciertamente podrían surgir inconvenientes en ciertas instituciones jurídicas, como en el caso de la regulación del error de prohibición y sus consecuencias jurídicas, que en el Estatuto sigue la regulación del *common law*, muy diferente a la regulación del ordenamiento jurídico penal mexicano. No obstante, siempre es posible buscar fórmulas adecuadas, aunque en el país se observa una tendencia a implementar ciertos procedimientos y fórmulas propias de sistemas jurídicos anglosajones, como lo son el juicio oral, el jurado popular y la mediación.

¹⁵ Celestino Porte Petit Candaup: *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México: Porrúa, 20.ª edición, 2003, p. 149.

Estatuto, esta institución recibe el nombre de *entrega*, en virtud de que la persona será transferida a una jurisdicción internacional y no a otro Estado, aun cuando surtirá los mismos efectos que la primera.¹⁶

Según el artículo 15 de la CPEUM, el Estado mexicano se encuentra impedido para celebrar tratados que alteren las garantías constitucionalmente reconocidas,¹⁷ disposición que se relaciona a su vez con el artículo 119 del mismo ordenamiento, en el cual se establece el procedimiento de extradición y a su vez se faculta al Ejecutivo federal para autorizarla, en el caso de que sea solicitada por otro Estado.¹⁸

De la regulación de la extradición en México se desprenden dos posibles complicaciones con relación a la entrega de personas a la CPI: la primera, porque constitucionalmente no se encuentra prevista la entrega de personas a una jurisdicción internacional; y la segunda, porque la LEI¹⁹ en su artículo 14 prohíbe la entrega de nacionales. Ambas cuestiones fueron motivo de preocupación de algunos senadores al discutir la reforma al artículo 21 de la CPEUM.²⁰ Pese a ello, en el dictamen emitido por la Cámara de Diputados sobre la misma cuestión no se hace ningún señalamiento al respecto.²¹

Por su parte García Ramírez señala que los procedimientos de entrega de personas a la CPI deben encontrar sustento en la Constitución, por tratarse de una cuestión que afecta a la seguridad individual,²² pero no se pronuncia específicamente sobre alguna incompatibilidad entre el Estatuto y la LEI sobre la entrega de nacionales.

¹⁶ Isabel Lirola Delgado y Magdalena Martín Martínez: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001. p. 270.

¹⁷ Así se ha expresado la SCJN en la siguiente tesis: *Extradición. No excluye al extraditado de disfrutar de las garantías individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Al establecer el artículo 1.º, párrafo primero, de la Ley Fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna. Véase IUS 2002, tesis PXX/2001, n.º de registro 188, 600.

¹⁸ México ha firmado tratados bilaterales de extradición con Alemania, Bahamas, Belice, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Italia, Países Bajos, Panamá e Inglaterra. Igualmente, forma parte de la Convención Interamericana sobre Extradición, firmada en Montevideo en 1933, y la Convención sobre Asilo Territorial, firmada en Venezuela en 1954. Véase Silverio Tapia Hernández (comp.): *Principales declaraciones y tratados internacionales ratificados por México*, México: CNDH, 1997, p. 225, y Raúl Avendaño López: *Comentarios a las garantías individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México: Sista, 2004. p. 121.

¹⁹ Publicada en el DOF el 29 de diciembre de 1975.

²⁰ Consúltese la página web del Senado de la República, versión estenográfica del día 15 de diciembre del 2002, www.camaradesenadores.gob.mx.

²¹ Consúltese la *Gaceta Parlamentaria* n.º 1644 del 9 de diciembre del 2004, www.camaradediputados.gob.mx.

²² Sergio García Ramírez: "La jurisdicción penal internacional y la legislación mexicana", en *La Corte Penal Internacional*, México: INACIPE, 2º edición, 2004, pp. 57-150.

No obstante, esta preocupación de García Ramírez, se satisface con los contenidos de los artículos 91 y 102 del Estatuto, a través de los cuales la entrega se realizará conforme los procedimientos del derecho interno.

Por otra parte, la LEI contiene algunas disposiciones que con relación a ciertas normas del Estatuto podrían originar controversias en el momento de la implementación. Me refiero a lo siguiente:

La extradición es posible, por la realización de delitos dolosos o culposos considerados graves en términos del CPF —y de la legislación penal del país solicitante— que tenga señalada una pena privativa de libertad cuyo término medio aritmético sea de por lo menos un año. La situación problema puede surgir en virtud de que el Estatuto en su artículo 77.1.a únicamente señala el término máximo que tendrá la pena privativa de libertad, no así el término mínimo. Se alegará entonces que no es posible determinar con certeza el término medio aritmético de la pena de prisión, y que en caso de entregar a una persona a la CPI se violentará el *nullum crimen nulla poena sine lege*, pues tampoco se podrá conocer con seguridad la pena aplicable, lo cual ciertamente vulnera los requisitos de certeza y restricción que exige la CPEUM en sus artículos 14 y 16.²³

Ambas cuestiones pueden ser resueltas a través de la tipificación en la legislación penal federal de las conductas consideradas *crímenes* en el Estatuto por los artículos 6, 7 y 8, imponiendo un marco penal mínimo y máximo, y evidentemente cumpliendo su deber de ejercer jurisdicción sobre las personas responsables de estos crímenes, aplicando en todo caso el principio *aut dedere aut judicare*.

Contrariamente —y en términos de la LEI—, la extradición no se concederá cuando el sujeto reclamado ha sido objeto de absolución, indulto o amnistía o ya hubiere cumplido la condena correspondiente al delito cometido; cuando no exista querrela de la parte agraviada, si el CPF exige este requisito de procedibilidad para el delito en cuestión; cuando el sujeto reclamado haya tenido la condición de esclavo o se trate de un perseguido político, y, finalmente, cuando el delito por el cual se solicita la extradición sea del fuero militar.²⁴

²³ Así lo señalan específicamente Rodríguez-Villasante y Prieto: "Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional", en Concepción Escobar H. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Escuela Diplomática de Madrid y BOE, Colección Escuela Diplomática n.º 4, 2000, p. 136; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238; Patricia Laurenzo Copello: "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma", o. cit., p. 103; CICR, "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional", www.icrc.org.

²⁴ Tradicionalmente, éstos son los requisitos exigidos cuando se pactan convenios de extradición bilaterales o multilaterales. Sin embargo, como se desprende de las especiales circunstancias que conlleva la integración de la UE, es posible afirmar que algunos de estos requisitos se encuentran en un proceso de transformación que en algún momento futuro también serán del interés de los países de América Latina, ya que la cuestión de una integración americana no es impensable. Véase Joachim Vogel: "Supresión de la extradición. Observaciones críticas en relación con la reforma de la legislación en materia de extradición en la Unión Europea", en *El derecho Penal Internacional*, Madrid: Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 171-198.

En este contexto pueden resultar problemáticas las hipótesis primera y última.

Respecto de la negativa de realizar la extradición-entrega porque el sujeto ha cumplido ya una condena, ha sido absuelto o goza de una amnistía o indulto, se contraponen la regulación de la *res judicata* por el artículo 20.3 incisos *a* y *b* del Estatuto, ya que en estos casos la CPI puede obviar los juicios seguidos ante los tribunales nacionales.

Por lo que hace a extradiciones-entregas por delitos del fuero militar, es perfectamente sabido que la existencia de la justicia militar, con sus reglas especiales de obediencia y subordinación, es un factor que ha contribuido a la impunidad y a la simulación de juicios en la comisión de crímenes internacionales.²⁵ Cabe mencionar que esta última situación en México puede tornarse especialmente álgida si se considera que el procurador general de la República es un militar con licencia.

En lo que atañe a la entrega de nacionales, la LEI señala que ningún mexicano podrá ser entregado a un estado extranjero sino en casos excepcionales a juicio del Ejecutivo.²⁶

Esta disposición, aunada al contenido de la reforma constitucional que se encuentra en camino,²⁷ permite suponer que la entrega de nacionales a la CPI no es una situación que vulnere las garantías constitucionales; en primer lugar, porque la jurisdicción complementaria de la CPI se supone excepcional —de la misma forma que la entrega de nacionales— toda vez que se parte de la premisa fundamental, del deber de todo Estado de ejercer jurisdicción por crímenes internacionales, y en segundo lugar, porque seguramente no se encuentra dentro de las intenciones o posibilidades del Poder Judicial mexicano el llevar a cabo un juicio con el propósito de sustraer al acusado a la acción de la justicia, o bien de llevar a cabo un juicio vulnerando las garantías procesales reconocidas tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Finalmente, por lo que hace a solicitudes de extradición-entrega concurrentes,²⁸ la misma LEI soluciona el problema al disponer que, cuando una persona fuere

²⁵ Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2ª edición revisada y actualizada, 1999, p. 53.

²⁶ No se ha podido hasta el momento detectar la extradición de un mexicano a un país extranjero, a excepción del caso del narcotraficante Miguel García Abrego a los Estados Unidos. En este caso, aun cuando el requerido tenía un acta de nacimiento mexicana, posteriormente se “demostró” que en aquel país había sido registrado con anterioridad a la fecha de registro en México.

²⁷ Recuérdese que, conforme al futuro artículo 21, el presidente de la República, con la autorización del Senado, podrá reconocer la jurisdicción de la CPI. Véase IUS 2002, Jurisprudencia, registro 190, 355.

²⁸ En el caso de solicitudes concurrentes que provengan de un Estado no parte y el Estado mexicano —en el supuesto de que ya sea un Estado parte— se encuentre obligado a la extradición al Estado competente, deberá adoptar su decisión de extraditar

requerida por dos o más Estados y respecto de todos aquella fuera procedente, la persona será entregada a la que lo reclame en virtud de un tratado; en el caso de que varios Estados invoquen un tratado, a aquel en cuyo territorio se hubiere cometido el delito; cuando concurren ambas circunstancias se entregará al Estado que lo reclame por el delito que merezca pena más grave, y en cualquier otro caso diferente, al primero que haya solicitado la extradición o la detención provisional con fines de extradición.

2.2.2. Regulación del principio *non bis in idem* y *res judicata*²⁹

El principio *non bis in idem* es una de las garantías consagradas constitucionalmente en el derecho mexicano, que exige la no aplicación de sanción penal dos veces a un mismo individuo por un mismo delito. No obstante, como señala Zaffaroni, el problema de este principio va más allá de determinar cuándo existe una acción o varias, para determinar las consecuencias diversas de los concursos en cuanto su punibilidad. Por otra parte, el *non bis in idem* afecta al principio de legalidad en el ámbito interno e internacional: en el primero, frente a la posibilidad de una doble punición en el ámbito procesal; en el segundo, por afectar cuestiones relativas a la extradición,³⁰ y muy específicamente en el caso del Estatuto, la cuestión de la entrega de personas a la CPI que ya hubiesen sido enjuiciadas por una jurisdicción nacional.³¹

Por lo que respecta al orden jurídico mexicano, el artículo 23 de la CPEUM señala que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el

conforme las disposiciones del artículo 90 del Estatuto, tras considerar lo siguiente: las fechas de las solicitudes; los intereses del Estado requerido, con especial referencia al lugar en que el crimen fue cometido, y la nacionalidad del probable responsable y de las víctimas. Como puede observarse, en este aspecto no parece haber mayor problema en cuanto a los requisitos para una extradición-entrega, ya que los requisitos establecidos por la Ley de Extradición Internacional y el Estatuto son bastante similares.

²⁹ Respecto de ambos principios, suelen presentarse algunas confusiones con relación a su significado. El principio de *non bis in idem* indica que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido cometido a un proceso penal anterior (Rafael Márquez Piñero: Diccionario jurídico mexicano, México: Porrúa y UNAM, 7ª edición, 1994, tomo III, p. 2201). La *res judicata*, en cambio, es entendida como la inmutabilidad de lo resuelto en sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas pueden ser modificadas por circunstancias supervenientes. Esto significa que la cosa juzgada implica la indiscutibilidad de lo resuelto en cualquier proceso futuro (Héctor Fix Zamudio: *Diccionario jurídico mexicano*, México: Porrúa y UNAM, 7ª edición, 1994, tomo I, p. 759).

³⁰ Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho penal. parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2ª edición, 2002, p. 857. En un sentido similar, véase Ramón García Albero: *Non bis in idem. Material y concurso de leyes penales*, Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 31 ss.

³¹ Es necesario hacer notar que las afirmaciones contenidas en este párrafo se refieren a la regulación que del Estatuto hace del principio cosa juzgada en su artículo 20. No así respecto de la regulación que las Reglas de Procedimiento y Prueba realizan de este mismo principio para los delitos contra la administración de justicia.

juicio se le absuelva o se le condene”. Según García Ramírez, esta disposición observa una triple identidad: de hechos (se pretende actuar de nueva cuenta por hechos que ya fueron juzgados); de persona (pretensión de procesar de nueva cuenta a un sujeto que anteriormente ya fue juzgado y acerca del cual se emitió una sentencia firme), y de vía (pretensión de enjuiciar una vez más por la vía penal).³²

Por su parte, la regulación que el Estatuto realiza del principio *non bis in idem* sólo impide un segundo enjuiciamiento del acusado en dos casos: el primero, cuando el primer intento fue de la CPI y el segundo de una jurisdicción nacional o de la propia CPI; el segundo, cuando el primer intento es de una jurisdicción nacional —siempre y cuando éste haya sido independiente, imparcial y no dirigido a sustraer al acusado a la acción de la justicia— y el segundo intento sea por parte de la CPI.³³

En consecuencia, dada la regulación del principio por la CPEUM y por el Estatuto, es posible afirmar que su implementación en el caso mexicano será una de las cuestiones más problemáticas que enfrentar, lo cual no implica la ausencia de una posible solución, que más adelante referiré.

La cuestión del *non bis in idem* se encuentra estrechamente relacionada con las cuestiones de admisibilidad de la causa, contempladas en el artículo 17 del Estatuto, es decir, de la complementariedad de la CPI, y asimismo, con las facultades de la propia CPI de decidir sobre su propia competencia.

Con relación a la complementariedad, la CPI no podrá ejercer jurisdicción sobre un asunto cuando el Estado que deba normalmente ejercerla se encuentre investigando o haya concluido ya una investigación sobre él, o bien cuando las autoridades judiciales respectivas hayan enjuiciado a la persona por la conducta que en su caso pudiera ser competencia de la CPI, siempre y cuando la investigación o enjuiciamiento no hayan sido simulados.

El segundo aspecto, el de la competencia sobre la competencia, implica en opinión de Olásolo la más importante cesión de soberanía que los Estados puedan conceder a la CPI,³⁴ ya que a través de esta posibilidad la CPI se encuentra facultada

³² García Ramírez: “La jurisdicción...”, o. cit., p. 89.

³³ Cherif Bassiouni: “Nota explicativa sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Memoria del Foro internacional La soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, México: CDHEM y CNDH, pp. 171-215; José Antonio Guevara Bermúdez: “¿La Corte Penal Internacional podría juzgar a una persona que hubiere sido condenada o absuelta por un tribunal nacional de alguno de los Estados Parte?”, en Guevara Bermúdez y Valdez Riveroll (comps.): *La Corte Penal Internacional. (Ensayos para la ratificación e implementación del Estatuto)*, México: Universidad Iberoamericana y SRE, 2002. pp. 119-132

³⁴ Héctor Olásolo: *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2003, p. 212.

para revisar las actuaciones de investigación o judiciales de los Estados parte, y así decidir si el asunto es o no de su interés.

De tal modo, el artículo 17.2 del Estatuto prevé tres causales de falta de disposición de los Estados, que se construyen sobre la noción de falta de voluntad del Estado que aparentemente está conociendo de la comisión de un genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra, para hacer comparecer efectivamente a los responsables ante la acción de la justicia. En estos tres supuestos, existe un elemento de intencionalidad en las actuaciones del Estado que permite distinguirlos de los supuestos de paralización de los sistemas de justicia, por causas ajenas a la voluntad de los Estados.³⁵

Dicho todo lo anterior y considerando que México es un país con especial conciencia de soberanía, es fácil suponer que se resistirá de manera importante a cualquier acto de injerencia que la CPI pueda realizar, al revisar las actuaciones de investigación del Ministerio Público —que depende directamente del Poder Ejecutivo— o bien del Poder Judicial.

No obstante, atendiendo a las pautas establecidas por el propio Estatuto y a las disposiciones constitucionales que articulan el sistema de administración y procuración de justicia en el Estado mexicano, es probable llegar a una solución.

Por una parte, el artículo 17 señala que nadie podrá hacerse justicia por su propia mano, y que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes; a su vez, el artículo 21 —ambos de la CPEUM— establece que incumbe al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos y, asimismo, que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Conforme a estas disposiciones, el Ministerio Público se encuentra obligado a realizar las investigaciones requeridas para determinar la existencia de un probable responsable en la comisión de un ilícito; por su parte, el Poder Judicial debe imponer una pena al autor de un ilícito y ambas autoridades tienen como objetivo en el ejercicio de sus funciones el de satisfacer a los ciudadanos la garantía individual denominada *administración de justicia*. Esto implica que, si las autoridades antes citadas realizan sus actividades de investigación o enjuiciamiento, *con un fin distinto al de administrar justicia*, no será posible afirmar que un hecho ha sido investigado o que una persona ha sido juzgada, y en

³⁵ *Ibidem*.

consecuencia la persona supuestamente objeto de investigación o enjuiciamiento no podrá invocar la violación al principio *non bis in idem*.

No obstante lo anterior, queda pendiente la tarea de especificar los criterios para determinar 1) cuando un Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento; 2) cuando conforme a las garantías del debido proceso, un Estado en la sustanciación del juicio, tiene demoras injustificadas y, finalmente 3) cuando un Estado al llevar a cabo un proceso, no respeta las garantías de independencia e imparcialidad.

La ausencia de estos criterios, puede llevar en el proceso de implementación a un polémico debate, que podría ser resuelto con menos dificultades, si en su momento se pudiesen tomar en consideración, los criterios que la CIDH ha establecido con relación a las actuaciones de los Estados miembros del Pacto de San José, respecto de los siguientes conceptos: “Actuar con la diligencia debida”, “tiempo razonable” y “juicios imparciales”.³⁶

2.2.3. Principio de legalidad

1) Especial referencia al problema de las cláusulas analógicas; 2) las penas indeterminadas; 3) las reglas para la imposición de sanciones, y 4) la condena a perpetuidad.

2.2.3.1. Cláusulas analógicas

El principio de legalidad, en la creación del sistema de justicia penal internacional establecido por el Estatuto, aspira a satisfacer las exigencias que le son propias. No obstante, la combinación de fórmulas y principios de sistemas jurídicos tan diversos como los derivados del *common law* y el *civil law* hace surgir una larga serie de cuestiones problemáticas al comparar los contenidos del Estatuto con las legislaciones penales de los Estados.³⁷

³⁶ José Carlos Remotti Carbonel: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura Funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, pp. 332, 357 y 363.

³⁷ Véase Emanuela Fronza y Michele Caianiello: “Il principio di legalità nello statuto della corte penale internazionale”, en *L’Indice Penale*, nueva serie, año V, n.º 1, enero-abril 2002, pp. 307-334; Elia Patricia Neri Guajardo: “Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 48, mayo-junio del 2004, Editora Revista Dos Tribunais, pp. 9-37.

Para el caso mexicano, es de especial atención la supuesta creación por analogía de crímenes de lesa humanidad, la ausencia de marcos penales bien definidos y de reglas concretas para la determinación de la pena y, finalmente, la inclusión en el Estatuto de la condena a perpetuidad.

Según la CPEUM, mediante las disposiciones de los artículos 14 y 16, la regulación del principio de legalidad en lo que concierne al orden jurídico penal debe satisfacer los requisitos de la garantía criminal, conforme a la cual el delito debe encontrarse determinado por la ley con anterioridad a su realización; la garantía penal, que indica que la pena aplicable al caso concreto debe ser determinada por la ley; la garantía jurisdiccional, que implica que la probable responsabilidad y la existencia del delito deben ser probadas mediante un procedimiento ante tribunales previamente establecidos; y finalmente, la garantía de ejecución, que requiere que el cumplimiento de la pena sea regulado por una ley especialmente aplicable.³⁸

Por lo que se refiere a la cuestión de la garantía criminal, el principio de taxatividad no encuentra sustento en el ámbito constitucional, aun cuando sí existe la prohibición expresa de imponer, por analogía o mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en la ley exactamente aplicable al delito que se trate.³⁹ De tal forma y en la intención de subsanar la ausencia del principio, el CPF indica que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.⁴⁰

En este sentido, la definición de los crímenes contra la humanidad contenida en el artículo 7.1.k provoca un conflicto con la idea de la ley exactamente aplicable al caso, en virtud de considerar como tales crímenes “*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física [...]*”.

Ante el contenido de la disposición señalada, parecería fácil argumentar que la definición de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto vulnera el principio de seguridad jurídica que consagra la CPEUM, en virtud de que el ciudadano no tendrá la oportunidad de conocer en todas y cada una de sus posibilidades los actos que configurarían en su caso un crimen de tal magnitud, lo cual requiere algunas aclaraciones.

³⁸ Elia Patricia Neri Guajardo: *Estado democrático de derecho, bien jurídico y consentimiento*, Tesis de Maestría, UAC, p. 79, y “El principio de legalidad en el Estatuto de Roma...”, o. cit., p. 15.

³⁹ “Imposición de las penas. Está prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trate”. Jurisprudencia, n.º de registro: 390, 830. Véase IUS 2002.

⁴⁰ Véase el artículo 7.º del CPF y 14 de la CPEUM.

Primeramente, esta postura implica un desconocimiento de la evolución del crimen contra la humanidad desde Núremberg hasta el mismo Estatuto, ya que es sabido que la inclusión de esta cláusula abierta ha sido especialmente útil, al evitar el estado de indefensión de las víctimas, al permitir —en palabras de Torres Pérez y Bou Franch— que actos especialmente graves que escapan a la imaginación del jurista sean concebidos como crímenes contra la humanidad.⁴¹ Debido a la existencia de esta cláusula abierta, actualmente son incluidas en esta categoría acciones de tortura, desaparición forzada de personas y privaciones ilegales de libertad, entre otras.⁴²

Por otra parte, la supuesta creación por analogía de tipos penales puede subsanarse o evitarse en el momento de la implementación, tomando en consideración algunos criterios que ayudarían a la autoridad judicial a cerrar el tipo penal correspondiente.⁴³ Me refiero, entre otros, a los siguientes:

- La frase “otros actos inhumanos” se limita exclusivamente al núcleo duro de derechos fundamentales que se expresan a través de bienes jurídicos indisponibles para el desarrollo humano: vida, integridad física, libertad y salud.⁴⁴
- La violación al núcleo duro de derechos fundamentales debe ocurrir en el mismo contexto exigido por el Estatuto para los otros subcrímenes contra la humanidad; me refiero a un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil y con conocimiento de dicho ataque. Esta exigencia sugie-

⁴¹ María Torres Pérez y Valentín Bou Franch: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*: Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 399.

⁴² Casilda Rueda Fernández: *Delitos de derecho internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 141 ss.

⁴³ En el CPF, la inclusión de tipos penales abiertos o con un indeseable número de elementos normativos, que vulneran el principio de certeza o seguridad jurídica, es en extremo numerosa. Por citar algunos ejemplos, me refiero a los casos de operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis) y al delito de actividades tecnológicas y peligrosas (artículo 414). Por lo que respecta al primer caso, se tipifica la conducta respecto de aquel que “[...] por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia al extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita [...]”. Por lo que toca al segundo ejemplo “[...] al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o la autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente [...]”.

⁴⁴ Alicia Gil Gil: “Los Crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘Los elementos de los crímenes’”, en Kai Ambos (coord.): o. cit., pp. 66-104

re que los “otros actos inhumanos” posibles se corresponden en gravedad con todas las demás acciones contenidas en el artículo 7.º del Estatuto.⁴⁵

- Si México al tipificar los crímenes contra la humanidad incluye otras hipótesis de violaciones a derechos fundamentales, consideradas impermisibles con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable,⁴⁶ y previstos en otros instrumentos internacionales, incluirá en su propia definición de crímenes contra la humanidad un número de acciones mayor que el propio Estatuto y, en consecuencia, reducirá las posibilidades de aplicación de esta categoría.⁴⁷
- Por otra parte, sería de mucha utilidad acudir a los criterios del TPIR y el TPIY, cuyos Estatutos incluyen también una opción abierta, e incluirlos en la legislación de implementación, a efectos de disminuir los espacios e discrecionalidad en la tipificación del crimen de “otros actos inhumanos”.⁴⁸

2.2.3.2. Penas indeterminadas

En las discusiones relativas a las incompatibilidades constitucionales entre el Estatuto y el orden jurídico mexicano, éste es uno de los temas más recurrentes, aun

⁴⁵ Torres Pérez y Bou Franch: o. cit., p. 399; Gil Gil: o. cit., p. 93, y Casilda Rueda Fernández: “Los crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. ¿Por fin la esperada definición?”, en *La Corte Penal Internacional. La criminalidad de la barbarie*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 303-324.

⁴⁶ Véase la introducción a los Elementos de los Crímenes.

⁴⁷ Cada Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, tiene la posibilidad de incluir otros crímenes que no se encuentran tipificados en el Estatuto, ya que éste representa un estándar mínimo deseable, pero de ningún modo el más completo o desarrollado. Esto fue reconocido prácticamente por los redactores al incluir en su artículo 10 una disposición que señala que ningún contenido del Estatuto se interpretará en el sentido que menoscabe o limite las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional.

⁴⁸ Por citar algunos ejemplos, el TPIY en el caso *Kupreskic et al.*, en la Sala de Apelaciones, señaló que una exhaustiva categorización de estos crímenes es indeseable, en virtud de que esto provocaría oportunidades para evadir la prohibición de realizar estos actos, atendiendo a la letra de la ley. Por otra parte, pero con relación a los elementos que integran el crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos, en el caso *Kordic and Cerkez*, en la misma Sala de Apelaciones, en el contexto de la discusión de otros actos inhumanos, los elementos de este crimen fueron definidos de la siguiente manera: la víctima debe haber sufrido graves daños corporales o mentales; la severidad del daño ocasionado debe ser considerada sobre la base del caso por caso, atendiendo debidamente a las circunstancias individuales; el sufrimiento ocasionado a la víctima debe ser el resultado de un acto del acusado y, finalmente, para la realización de la conducta el autor debió haber sido motivado por la intención de infligir graves daños mentales o corporales a la víctima. Por último, en el caso *Vasiljevic*, también a través de la Sala de Apelaciones, consideró que para determinar la gravedad de un acto deben tomarse en consideración todas las circunstancias del hecho, y entre éstas deben incluirse la naturaleza de la acción u omisión, las circunstancias personales de la víctima, incluyendo la edad, el sexo y su salud, así como también los efectos físicos, mentales y morales del hecho sobre ella. Por otro lado, si la acción u omisión produce efectos durante un largo período sobre la víctima, esto debe ser relevante para determinar la seriedad del hecho realizado. (La traducción es de la autora del informe.) Por lo que compete a estos criterios del TPIY, véase HRW, *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. HRW, Nueva York, 2004, p. 198. El TPIR ha expresado opiniones similares; véase la p. 49 de la misma obra.

cuando, tal y como se desprende de los diferentes proyectos que finalmente dieron como resultado un texto consolidado de proyecto de Estatuto, la idea original era establecer los marcos penales mínimos y máximos para cada uno de los crímenes; no obstante, la dificultad de las negociaciones impidió un consenso sobre el particular.⁴⁹

Tradicionalmente, en la tipificación de crímenes internacionales los Estados aprueban los contenidos de un tratado y se obligan a modificar su derecho interno, para materializar las posibilidades de una persecución eficaz. Sin embargo, la aplicación indirecta del DPI no ha tenido los efectos deseados y ello —entre muchas otros factores— ha posibilitado la existencia de una CPI que aspira a combatir la impunidad de los sujetos responsables de crímenes internacionales, que en repetidas ocasiones es la consecuencia directa de este método de aplicación, en virtud de que estas acciones son organizadas o dirigidas desde la cúpula del poder estatal. Esto provoca que el Estado especialmente relacionado con los hechos y obligado a ejercer jurisdicción no tenga interés ni voluntad en hacerlo.

El Estatuto prevé en el artículo 23 el principio *nulla poena sine lege*, al señalar que una persona declarada culpable por la CPI únicamente podrá ser sujeta a las penas contempladas en su artículo 77, entre las que se reconocen la reclusión de un número determinado de años que no podrá exceder de 30, la reclusión a perpetuidad cuando la gravedad y las circunstancias personales del acusado lo justifiquen, así como la multa y el decomiso. La regulación del principio *nulla poena sine lege* ha sido criticada, pese a que es la primera vez que en un instrumento internacional donde se tipifican conductas se incluyen las penas aplicables, y la primera vez también en la historia de los tribunales penales internacionales en que las penas tienen una duración máxima establecida.⁵⁰

⁴⁹ A este respecto Schabas señala que únicamente una regulación general sobre las penas permitiría establecer los consensos requeridos para la aprobación de esta parte del Estatuto, en virtud de las diferentes posturas que los Estados mantienen respecto de las penas aplicables en sus territorios. Véase Claus Krieb: "Sanciones Penales, ejecución penal y cooperación de la Corte Penal Internacional", en Kai Ambos y O. Guerrero (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 337-367; Víctor Rodríguez Cedeño: "Ejecución de las penas y problemas penitenciarios", en Juan A. Yañez Barnuevo (coord.): *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid: Unión Iberoamericana de Colegios y agrupaciones de abogados, Cruz Roja Española y Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, pp. 216-223; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238.

⁵⁰ El Estatuto del Tribunal de Núremberg, así como también el del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, indicaba el derecho de ambos tribunales para imponer la pena de muerte o cualquier otra que considerase justa; el TPIY y el TPIR se encuentran facultados para imponer únicamente las penas privativas de libertad, no obstante en ningún caso se limita el máximo de la pena aplicable. Equipo Nizkor: *Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estatutos de los tribunales internacionales de Núremberg (1945) a Sierra Leona (2002)*, Madrid: Equipo Nizkor, 2002.

Con relación al último aspecto, cabría señalar, siguiendo a González Cussac y Górriz Arroyo, que en el tema del arbitrio judicial y la individualización de la pena han existido dos modelos contrapuestos: el del arbitrio judicial indeterminado y otro, en el que la imposición de sanciones se encuentra rigurosamente determinada por la ley, aun cuando en la actualidad existe un sistema intermedio.⁵¹

La legislación penal mexicana se sitúa en este último supuesto, ya que específicamente en la parte especial se describen las conductas materia de prohibición, para posteriormente indicar la punibilidad de la conducta, atendiendo a un mínimo y un máximo aplicable, y finalmente permitir al juzgador la individualización de la pena al caso concreto. En opinión de algunos autores, esta habría sido la fórmula deseable para el Estatuto, ya que sirve mejor al principio de legalidad.⁵² Aun concediendo razón a esta afirmación, es menester indicar que la determinación de marcos penales establecidos se rechazó en la Conferencia de Plenipotenciarios, para evitar el establecimiento de una jerarquización entre los crímenes, ya que según el artículo 1.º la competencia *ratione materiae* de la CPI implica los de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y en consecuencia se consideró más oportuno permitir que la CPI decidiera caso por caso la pena aplicable.⁵³

Partiendo del supuesto ejercicio complementario de la CPI y de la consiguiente obligación de facto de los Estados de implementar el Estatuto,⁵⁴ la ausencia de marcos mínimos y máximos de punibilidad para cada crimen, así como de reglas para considerar las circunstancias agravantes y atenuantes respecto de las penas, puede solventarse precisamente en este proceso, ya que, al adecuar su legislación interna y tipificar los crímenes competencia de la CPI, los Estados podrán actuar con entera libertad para instituir las penas que consideren adecuadas a cada uno de éstos.

Es necesario hacer notar que el CPF en su artículo 6.º señala que, cuando se cometa un delito no previsto en el Código pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos tomando en

⁵¹ José Luis González Cussac y Elena Górriz Arroyo: "Ne bis in idem y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en J. Gómez Colomer, J. González Cussac y J. Cadorna Llórens (coords.): *La Corte Penal Internacional. (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 268.

⁵² García Ramírez: "El principio...", o. cit., p. 266, y SS; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 238.

⁵³ De esta forma, se evitó el seguir la línea jurisprudencial del TPIR en la que estableció que el Genocidio debía ser considerado el crimen de los crímenes, seguido por los crímenes contra la humanidad y finalmente los crímenes de guerra. González Cussac y Górriz Arroyo: o. cit., pp. 219-274.

⁵⁴ Véase Kai Ambos: "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 25-31.

consideración las disposiciones de la parte general y en su caso las de la parte especial. No obstante, en el supuesto de que México ratifique el Estatuto y no modifique su legislación interior, tipificando los crímenes y estableciendo los marcos mínimos y máximos de punibilidad, este artículo no podrá ser invocado —según los criterios jurisprudenciales de la SCJN— para hacer valer que el Estado mexicano tiene materialmente las posibilidades de enjuiciar al responsable de la comisión de un crimen de la naturaleza antes citada, ya que se violentaría el principio *nulla poena sine lege*.⁵⁵

2.2.3.3. Reglas para la imposición de sanciones

El tema de las reglas para la imposición de sanciones se encuentra estrechamente relacionado con la ausencia de marcos penales en el Estatuto. Así las cosas, en la parte VII del Estatuto se regulan las cuestiones relativas a las penas. El artículo 78 indica las pautas genéricas para su imposición, al señalar que la CPI deberá tomar en consideración la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Posteriormente agrega que, en el caso de que una persona haya sido declarada culpable por más de un crimen, se impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común, en la que se especificará la duración total de la reclusión, no obstante la pena no excederá de 30 años o una pena de reclusión a perpetuidad.

Respecto a las reglas para la individualización de la pena, el CFF señala que, dentro de los marcos establecidos por la ley, los jueces aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, tomando en consideración las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; de igual manera indica que los jueces aplicarán las penas que estimen justas y procedentes, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, incluyendo, además, la magnitud del daño o peligro a que fue expuesto el bien jurídico; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para su ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y el grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como también los motivos que lo impulsaron o motivaron a delinquir.⁵⁶

⁵⁵ Véase *supra* nota 42.

⁵⁶ Véanse artículos 51 y 52 del CFF.

De tal forma, México puede asumir, para la individualización de la pena por crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra, los problemas del concurso y de los efectos atenuantes y agravantes, las reglas de la parte general ya establecidas en el CPF; o bien incluir en la parte especial, al tipificar los crímenes, algunas reglas propias para estos casos, en virtud de las particulares características del DPI.

Independientemente de lo anterior y siguiendo a González Cussac y Górriz Royo, existen dentro del mismo Estatuto algunas disposiciones que en definitiva deben ser tomadas en consideración por los magistrados de la CPI al individualizar una pena, las mismas que “en el ámbito del derecho comparado [...] inciden en la aplicación de las penas [...]”.⁵⁷ Coincidentemente, estas disposiciones se identifican en muy buena medida con los criterios jurisprudenciales que la SCJN ha determinado para tales fines. Las disposiciones referidas son las siguientes:

a) Según los artículos 74 y 76 del Estatuto, existe el deber de fundamentar las sentencias, ya que, en caso de existir una desproporción entre el crimen y la pena, la Sala de Apelaciones podrá modificarla.⁵⁸ Para estos efectos, es necesario que en la primera instancia los magistrados razonen y motiven sus decisiones; en caso contrario la revisión sería materialmente imposible. b) Prohibición de valorar dos veces un mismo elemento o circunstancia. Los elementos tomados en consideración para la integración de un tipo no pueden ser tomados en cuenta para atenuar o agravar la pena. c) Ha de ser valorado el grado de participación del autor en el delito, pues el artículo 25 determina la diferencia entre autores y partícipes. d) Al definir la intencionalidad, es posible diferenciar los grados de intención, lo cual puede reflejarse en la imposición de una pena. e) La regla 145.2.a señala que deberán tenerse en consideración, como un factor atenuante de la pena, las circunstancias que no lleguen a constituir una causa de inculpación; esto se refiere a las eximentes incompletas. f) El artículo 25.3 incisos *b* y *e* contempla como forma ampliada de tipicidad la tentativa; en consecuencia, el grado de ejecución del crimen deberá ser tomado en consideración para la imposición de la pena. g) Finalmente, las disposiciones relativas al artículo 78 y a la regla 145.

⁵⁷ González Cussac y Górriz Arroyo: o. cit., p. 271.

⁵⁸ Según el artículo 76, además de todas las pruebas rendidas durante el procedimiento, para efectos de la imposición de la pena se podrá solicitar una nueva audiencia a petición del fiscal o el acusado, en la cual podrán practicarse diligencias adicionales relativas a la imposición de la pena.

2.2.3.4. Condena a perpetuidad

Es sabido que la inclusión de la condena a perpetuidad en el Estatuto fue el resultado de negociaciones dirigidas a excluir la pena de muerte, por la que algunos de los Estados orientales y Estados Unidos insistentemente apostaban.⁵⁹ Algunas delegaciones manifestaron su preocupación por incluirla entre las penas aplicables, atendiendo a los contenidos de sus ordenamientos constitucionales. Finalmente, y con el objetivo de alcanzar un consenso que permitiera una solución de compromiso, se aceptó la posibilidad de imponer la condena a perpetuidad, estableciendo algunas condiciones para su aplicación: la primera es que únicamente podrá ordenarse cuando la extrema gravedad del crimen lo justifique (artículo 77.1.b); la segunda, cuando concurren una o más circunstancias agravantes (regla 145.3), y la tercera, el establecimiento de un mecanismo de revisión a través del cual, una vez transcurridos 25 años, la condena a perpetuidad deberá ser examinada para determinar si puede ser reducida, atendiendo entre otras cosas a la voluntad de cooperar del recluso con la CPI; su conducta durante la detención, que revele una auténtica disociación del crimen; las posibilidades de reinsertarlo en la sociedad; cualquier medida de importancia que haya tomado con relación a las víctimas y sus circunstancias personales, entre otras. (artículo 110.3 del Estatuto y Reglas 223 y 224).

Por lo que concierne al orden jurídico mexicano, el artículo 22 de la CPEUM prohíbe las penas inusitadas y trascendentales, y a este respecto la SCJN ha considerado en diversas tesis jurisprudenciales que la condena a perpetuidad reviste estas características.⁶⁰ ⁶¹ Por otra parte, el CPF, al establecer las penas aplicables a los deli-

⁵⁹ Francisco Bueno Arús: "Perspectivas de la teoría del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Colección Escuela Diplomática n.º 4, 2000, p. 128; Lorenzo Copello: o. cit., p. 97; William Schabas: "Life, death and the crime of crimes", en *Punishment & Society*, n.º 3, 2000, pp. 263-285; Kai Ambos: "El sistema de penas y su ejecución en el derecho penal supranacional", en *Nuevo derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2002, pp. 477-497

⁶⁰ "Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente [...] siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto es inconstitucional". Jurisprudencia por contradicción de tesis 11/2001, n.º de registro 188, 542. Véase IUS, 2002.

⁶¹ En el Estado mexicano, la pena de muerte se contempla en el artículo 22 de la CPEUM, que la prohíbe para los delitos políticos y la autoriza para los delitos de traición a la patria, parricidio, homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, al

tos, señala que la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima de 60 años, la que es aplicable exclusivamente al homicidio calificado, donde ciertamente el grado de injusto no se corresponde o es comparable con el de genocidio, que recibe en su modalidad más agravada una pena de prisión que oscila entre los 20 y los 40 años.⁶²

La inclusión de la condena a perpetuidad en el Estatuto y la obligación de facto de implementación en el orden interno han preocupado a los legisladores mexicanos al considerar que debe ser incluida en el CPF, no obstante el mismo Estatuto a través de su artículo 80 indica al respecto que “nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional, ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte [...]”.

Esto significa, por un lado, que si bien el Estatuto contempla para la pena privativa de libertad un máximo de 30 años, no existe ningún impedimento para que en México se aplique la pena máxima de prisión posible a los crímenes competencia de la CPI, que como se ha dicho es de 60 años. Por otra parte, implica que, si en México se encuentra prohibida la reclusión a perpetuidad, por considerarla una pena inusitada, trascendente y en modo alguno compatible con la idea de la readaptación social como fin de la pena, no existe de ningún modo obligación para el país de incluirla en el CPF, ni tampoco en la legislación de implementación.

De todo lo anterior, y atendiendo a las disposiciones constitucionales, a las del CPF y a los criterios jurisprudenciales incluidos, parecería que la condena a perpetuidad contemplada en el Estatuto agregaría una problemática de incompatibilidad constitucional más a su proceso de implementación en el país. No obstante, frente a la posibilidad del Poder Judicial de aplicar penas de hasta 60 años de prisión —y en el CP del estado de Puebla hasta de 70— no es necesaria la construcción de argumentos. La prohibición constitucional carece de todo sentido, ya que la pena máxima privativa de libertad en México implica, de facto, una condena a perpetuidad.

2.3. Principio de culpabilidad

1) Especial referencia al error de prohibición; 2) la responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida.

incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. Sin embargo, la pena de muerte es inaplicable al no ser incluida en el CPF, en el capítulo relativo a las penas y medidas de seguridad.

2.3.1. Error de prohibición

Hasta hace dos décadas el CPF fue un código de peligrosidad, para finalmente convertirse en un código de culpabilidad, después de la más importante reforma penal en el país, durante el año de 1994; no obstante, el error de prohibición —como única medida jurídica de graduación de la culpabilidad— fue introducido desde el año 1984.

En aquel momento, el CPF indicaba que se actualizaba una causa de exclusión de la responsabilidad si la realización de la acción u omisión se verificaba bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal, o si por el mismo error el sujeto estimaba como lícita su conducta, agregando que no se excluía la responsabilidad si se trataba de un error vencible.

La consecuencia jurídica de actuar bajo un error invencible —según esta regulación— implicaba que el juez debía imponer hasta la cuarta parte de la pena del delito correspondiente, siempre y cuando el error se debiera al extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto.⁶³

Actualmente, después de la reforma penal de 1994, el CPF hace un nuevo tratamiento al error de prohibición al señalar que el delito se excluye cuando la acción u omisión se realizan bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o su alcance, o porque crea

⁶² Cabe mencionar que el ilícito que posibilita la segunda pena de prisión más importante por su duración es el de privación ilegal de la libertad, que en algunas hipótesis permite una pena de hasta cincuenta años. Véanse los artículos 25, 149 bis, 320 y 366 del CPF.

⁶³ Este tratamiento del error y sus consecuencias jurídicas después de la reforma penal de 1984 se reguló en los artículos 15 y 59 bis del CPF. No obstante, el artículo 15 en su fracción VIII fue modificado en 1994 y el artículo 59 bis derogado, en la misma fecha. Véase Rafael Ruiz Harrel: *El Código Penal histórico*, México: INACIPE, 2002, pp. 22 y 51. Para ejemplificar de mejor manera, el tratamiento que judicialmente se otorgó al error de prohibición en los términos señalados, se transcribe lo pertinente de una jurisprudencia de la SCJN. “[...] Error de prohibición directo. Delito contra la salud. En la especie se estimó al quejoso responsable del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, porque en el sumario quedó acreditado que transportó diez kilos de marihuana de un lugar del Estado de Michoacán a la Ciudad de Torreón, Coahuila, argumentando en el concepto de violación que en su favor resulta operante el error de prohibición directo que por primera vez ha sido consagrado en nuestra legislación en el artículo 59 bis del Código Penal Federal, ya que teniendo en cuenta los datos referentes a su personalidad y las circunstancias en que el sujeto activo “se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita... es imposible que un campesino esté al día en cuanto a las leyes que se realizan en los grandes centros urbanos, que [...] no puede comprender el alcance de la ley debido a su extremo atraso cultural y al aislamiento social [...] y ello basta por su lugar de origen y su lugar de vecindad para que quede demostrada la hipótesis de que se trata. Se impone destacar que con la redacción del artículo 9º del ordenamiento jurídico en cita [...] que recoge las formas de obrar intencional, imprudencial y preterintencional, no pretendió el legislador en forma alguna acabar con el principio general de derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, que prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis de este Código. Esta disposición limita el error de prohibición como un caso especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de imponer una pena atenuada o inclusive un tratamiento en libertad [...]”, n.º de registro: 3390, 016. SCJN, IUS 2002.

que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación. Igualmente establece que, en el caso de que el error de prohibición sea vencible, se aplicará hasta una tercera parte de la pena aplicable al delito que corresponda.⁶⁴

En consecuencia, se entiende que el error de prohibición invencible hace desaparecer la culpabilidad, mientras que el error de prohibición vencible produce una atenuación significativa de la pena. Valdría aclarar en este momento que el error de prohibición en el CPF no se encuentra relacionado con la cuestión de la tipicidad de la conducta o el aspecto subjetivo de los tipos penales. En el caso de un error de prohibición directo, el sujeto no tiene conocimiento de que su conducta está prohibida; ello implica que se quiere la realización del acto y se acepta su resultado. En el caso de un error de prohibición indirecto, el sujeto sabe que su conducta se encuentra prohibida, pero actúa en la creencia de que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación. En este supuesto, el aspecto cognitivo y volitivo del dolo tampoco sufren alteración alguna.

Lo anterior parece indicar, siguiendo a Felip, que el legislador mexicano ha considerado que lo esencial para el juicio de culpabilidad no es tanto la efectiva representación de la prohibición de una conducta, sino la valoración que el sujeto realiza de su propio comportamiento;⁶⁵ de otro modo, no puede entenderse la exclusión del delito o la atenuación de la pena, a la que se encuentra obligado el juzgador por ley, cuando la acción u omisión hayan sido realizados bajo un error de prohibición vencible o invencible, según corresponda.

Como puede observarse, la regulación del error de prohibición y sus consecuencias jurídicas en el CPF es diversa del tratamiento que del error de prohibición existe en el Estatuto. Como señala Ambos, el error de prohibición, identificado en este caso como un error de derecho, sigue la tradición del *common law*⁶⁶ e implica la admisión del error como eximente en dos supuestos: el primero, cuando éste provoque la desaparición del *mens rea*,⁶⁷ y el segundo, en el caso de que el sujeto activo,

⁶⁴ Véanse los artículos 15 fracción VIII inciso b y 66 del CPF.

⁶⁵ David Felip i Saborit: *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Barcelona: Atelier, 2000. p. 255.

⁶⁶ Como es sabido, el orden jurídico mexicano se encuentra inspirado en la tradición romano-germánica.

⁶⁷ Kai Ambos: "Principios generales de derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México: INACIPE, pp. 299-338. En este mismo sentido George Fletcher: *Conceptos básicos de derecho penal* (traducido por Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 225. Fletcher señala que el *Model Penal Code* en su artículo 2.04 reconoce relevancia al error de prohibición como eximente de responsabilidad en dos casos si "a) [...] la ley o cualquier otro texto con valor de ley que defina el delito no es conocida por el sujeto, o no ha sido publicada, o razonablemente no ha podido ser conocida antes de cometer la conducta objeto de la acusación; o b) el sujeto actúa en la razonable confianza en una interpretación oficial de la ley, posteriormente declarada inválida o errónea, siempre que dicha interpretación esté

realice su actuación bajo la creencia de que se encuentra justificada, por el amparo de una orden del superior jerárquico, que se limita a los crímenes de guerra.⁶⁸

Dado lo anterior, a efectos de exponer la problemática que esta regulación del error en el Estatuto provocaría en el caso mexicano en el momento de la implementación, es necesario hacer referencia al concepto de *dolo* reconocido en el CPF. Así las cosas, obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.⁶⁹

Esta regulación del dolo parece no provocar mayor problemática en el segundo de los supuestos planteados por el Estatuto. No obstante, respecto del primero es indispensable ejemplificar en qué casos un error de derecho, según las descripciones de los crímenes de guerra, podría hacer desaparecer el elemento de intencionalidad; pero antes de ello sería deseable también determinar si la CPI, al realizar un juicio de reproche sobre el autor de uno de los crímenes de su competencia, exigirá concurrentemente los requisitos señalados en el artículo 30.2 del Estatuto o bien solamente uno de ellos,⁷⁰ me refiero a la realización de la conducta y/o la producción de un resultado.

De todo lo antes dicho, surgen los siguientes puntos controvertidos:

- El CPF exige en la realización de una acción u omisión dolosa la existencia de un elemento cognitivo y otro volitivo, mientras que el Estatuto puede exigir uno u otro, o ambos.
- En términos del mismo CPF, el error de prohibición como un aspecto negativo de la culpabilidad tiene efectos exculpantes y/o atenuantes de la pena, mientras que el Estatuto señala que un error de prohibición directo no es eximente y que en todo caso lo será siempre y cuando haga desaparecer el elemento de intencionalidad, fórmula que es jurídicamente imposible en el derecho penal mexicano.

contenida en i) una ley o cualquier otro texto con valor de ley; ii) una decisión judicial, opinión o juicio; iii) una orden o autorización administrativa; o iv) una interpretación oficial realizada por un funcionario público o institución a quien legalmente incumbe esa interpretación, administración o ejecución de la ley que defina el delito.

⁶⁸ Véase el artículo 33 del Estatuto.

⁶⁹ Véase el artículo 8 del CPF.

⁷⁰ Véase Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 165; Rodríguez-Villasante y Prieto: o. cit., pp. 133-162; William A. Schabas: "Principios generales de derecho penal", en Ambos y Guerrero (comps.): o. cit., pp. 269-314; Bueno Arús: o. cit., pp. 117-132.

2.3.2. *La responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida*

La obediencia debida al superior jerárquico se encontraba regulada en el artículo 15 fracción VII del CPF, que la señalaba como una causa de exclusión de la responsabilidad penal, cuando el sujeto obedeciera a un superior legítimo en el orden jerárquico, aunque su mandato constituyese un delito, siempre y cuando esta circunstancia no fuese notoria, ni tampoco se probara que el acusado la conocía.⁷¹

La obediencia debida fue derogada y sustituida por la actual fracción VI del artículo 15 con la reforma penal de 1994, en la que se consagra como causa de exclusión del delito el actuar en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado.

Por su parte, el CJM señala que es excluyente del delito el obedecer a un superior aun cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conocía.⁷²

La responsabilidad del superior jerárquico no encuentra ninguna regulación en el derecho positivo mexicano, ya sea el CPF o el CJM.⁷³

Ahora bien, como puede observarse de la redacción del Estatuto, la responsabilidad de los superiores civiles o militares regulada en el artículo 28, por no prevenir o reprimir los actos realizados por sus subordinados —como una forma complementaria del principio de culpabilidad contenido en el artículo 25 del Estatuto— y el actuar en virtud de órdenes superiores —previsto en el artículo 33 como una causa de exclusión de la responsabilidad penal— se encuentran estrechamente vinculados.

La responsabilidad del superior jerárquico, reconocida sin duda por el derecho consuetudinario, asume, en términos de la regulación que de ella hace el Estatuto, una forma de responsabilidad indirecta, al no impedir ni sancionar ciertas conductas de sus subordinados que constituyen crímenes competencia de la CPI.⁷⁴

⁷¹ Ruiz Harrel: o. cit., p. 19.

⁷² Véase el artículo 119 del CJM.

⁷³ La única referencia se encuentra en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 6.º, que señala que no se podrá invocar como causa de justificación la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad. No obstante, los requisitos para considerar la existencia de un vínculo de subordinación y control efectivo no han sido reglamentados.

⁷⁴ Véase Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 146; Charles Garraway: "Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 836, pp. 785-793, www.icrc.org.

El artículo 28 del Estatuto exige tres requisitos para determinar la responsabilidad de un superior por actos de sus subordinados: la existencia de un vínculo de subordinación, la obligación del deber de saber del superior y la obligación del superior de actuar. Por lo que toca al vínculo de subordinación, se distinguen dos tipos: el de los jefes militares o de las personas que actúen como tales y el de superiores de naturaleza distinta a la militar, aun cuando en ambos casos se exige una relación de jerarquía efectiva entre el superior y la persona que cometió el crimen. Por lo que respecta al deber de saber de los superiores, el Estatuto no exige el cumplimiento de esta norma, de igual manera al jefe militar que al civil, con lo cual se incluye en el Estatuto el único supuesto de responsabilidad por culpa o imprudencia. De tal forma, en el primero de los casos los crímenes pueden ser realizados a título de negligencia o en forma dolosa, mientras que en el segundo los crímenes únicamente pueden ser realizados con pleno conocimiento, es decir, con intención.⁷⁵ Ante esta situación, las preguntas que pueden plantearse son las siguientes: ¿Puede un jefe militar realizar un crimen contra la humanidad a título de negligencia, a pesar de que la redacción de este crimen exige un ataque generalizado o sistemático? ¿Cómo puede un jefe militar tener intenciones genocidas si no sabe que sus subordinados están realizando este crimen?⁷⁶ Ante estos planteamientos, Schabas afirma: “es imposible cometer un crimen [...] necesariamente [...] doloso por negligencia [...]”;⁷⁷ más aún como señala Laurenzo, dada la gravedad de los crímenes no es posible equiparar la responsabilidad de quien actúa directamente en la realización de genocidio, crímenes de guerra o contra la humanidad, a la de una persona que tuvo una falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa. Y a pesar de los precedentes sentados por los tribunales penales internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia, la aplicación de una pena en este supuesto queda a merced de un margen de discrecionalidad todavía más amplio que con relación a la responsabilidad penal por la participación directa en un crimen.⁷⁸

Finalmente, con relación al tercero de los requisitos —es decir, la adopción de todas las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de un crimen o de poner en conocimiento de las autoridades la situación—, puede decirse que, según la

⁷⁵ Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 146; Bueno Arús: o. cit., p. 126; Rodríguez-Villasante y Prieto: o. cit., p. 147

⁷⁶ Kai Ambos: “Os principios gerais...”, o. cit., p. 46.

⁷⁷ Schabas: “Principios generales...”, o. cit., p. 298; Ambos: “Os principios gerais...”, o. cit., p. 46.

⁷⁸ Laurenzo Copello: o. cit., p. 99.

jurisprudencia del TPIR y del TPIY, la capacidad real de hacer frente a esta obligación se encuentra íntimamente relacionada con una verdadera relación de subordinación.

Doctrinalmente y sin consenso absoluto, la obediencia debida ha sido considerada como una ausencia de conducta, como causa de justificación y como causa de inculpabilidad. El único acuerdo específico que existe sobre esta causa de exclusión del delito, es que “la obediencia debida problemática es la que corresponde a una orden cuyo contenido sea antijurídico [...]”, aun cuando formalmente sea contraria a derecho.⁷⁹

La regulación de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal en el Estatuto, en opinión de Verhaegen, es el resultado de la experiencia, al considerar que la ejecución de los crímenes competencia de la CPI —tal y como se han tipificado— sólo es posible gracias a la cooperación de los autores materiales y a su absoluta sumisión a la autoridad, ya que sin ellos el crimen no sería ejecutado.⁸⁰

Desde los tribunales de Núremberg se ha considerado que la defensa basada en las órdenes superiores no puede ser tomada en cuenta como una causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino únicamente como una posible circunstancia de atenuación de la pena. Sin embargo, como puede observarse, el Estatuto de Roma se aparta de los precedentes establecidos por Núremberg y los tribunales *ad hoc* y reconoce que la defensa basada en órdenes superiores puede excluir la responsabilidad penal, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: se estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; no se supiera que la orden era ilícita y, finalmente, que la orden no fuera manifiestamente ilícita, y se señala expresamente que las órdenes de cometer genocidio o crímenes contra la humanidad son manifiestamente ilícitas. En virtud de esto, un sujeto puede invocar el error de derecho por ignorar que una orden era ilícita, pero no en el caso de que la orden fuera manifiestamente ilícita, dada la manifestación expresa del Estatuto con relación al genocidio o crímenes contra la humanidad. Evidentemente, la inclusión de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal permite una mayor posi-

⁷⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar: o. cit., p. 759; José Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte General*, Madrid: Tecnos, 5ª edición, 1996. p. 165. José Du Puit: “La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano”, en *La reforma del derecho penal militar. Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2002, pp. 242-259

⁸⁰ Jacques Verhaegen, “La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales. A favor de un procedimiento accesible para los subordinados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 845. www.icrc.org.

bilidad de defensa a un acusado ante la CPI; sin embargo, como apunta Lirola Delgado, el Estatuto de Roma se apartó de lo establecido por el derecho consuetudinario respecto de las órdenes superiores.⁸¹ Por otro lado, es extraño que se permita argumentar esta defensa en el caso de crímenes de guerra, pues la exigencia del Estatuto de que éstos sean realizados como parte de un plan o de una política o a gran escala evidencia que una orden de cometerlos es manifiestamente ilícita. En tercer lugar, dada la identidad de algunas conductas como crímenes de guerra y contra la humanidad, es extraño que se acepte la defensa de órdenes superiores para los primeros pero no para los segundos.⁸²

Sobre la cuestión de la responsabilidad del superior jerárquico y la obediencia debida⁸³ y su implementación en el ámbito interno, surgen las siguientes posibilidades y problemáticas:

- Regular los requisitos para establecer un vínculo efectivo de subordinación y de control, en la parte especial del CPF, al tipificar los crímenes internacionales y resolver, a través de la parte general ya establecida, la actuación por omisión, ya que la legislación penal señala que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente.⁸⁴

⁸¹ Existen diversos instrumentos internacionales que señalan que no puede argumentarse como defensa la obediencia debida: el Estatuto del Tribunal militar internacional de Núremberg; la resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Convenio de las Naciones Unidas contra la Tortura, del 10 de diciembre de 1984; los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Joan E. Garces: "Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal internacional...", o. cit., p. 95.

⁸² Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 148 ss.

⁸³ "Excluyente de obediencia a un superior legítimo. Cuando el cumplimiento de la orden de un superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial". Véase IUS 2002, Jurisprudencia, n.º de registro: 390, 092. "Exculpatoria de obediencia jerárquica. Connotación de la causal. Para que se constituya la causa eximente de responsabilidad a que se refiere la fracción VII del artículo 12 del Código Penal de Michoacán, es necesario que la obediencia del subordinado a la orden superior, como una manifestación del imperium de los funcionarios públicos con mando, se funde en la firme creencia por parte del inferior de que el acto que se le manda ejecutar es justo, lo que no acontece cuando el inculpaado asume una actitud de soslayar el atentado contra la vida de una persona, pues ello evidencia más bien una postura de complacencia en la comisión de un delito, que una orden jerárquica". Véase IUS 2000, tesis: XI.2002 n.º de registro: 204-295.

⁸⁴ Véase el artículo 7.º del CPF.

- Por lo que toca a la posibilidad de que el superior jerárquico realice los crímenes competencia de la CPI de forma culposa, existe el problema de que el CPF establece un *numerus clausus* de delitos culposos, y en definitiva no encuentro una posibilidad de que sean incluidos en éste los crímenes que contienen elementos subjetivos específicos, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, situación que no se presenta en el CJM.
- La cuestión de la determinación de penas en este caso sería menos problemática, ya que podrían aplicarse las reglas de sanciones a los delitos culposos.⁸⁵
- Con relación a la obediencia debida, tanto en el CJM como en el CPF —independientemente de la inclusión de los crímenes en la parte especial de ambos ordenamientos— deberá incluirse de forma literal la redacción del artículo 33 del Estatuto. Especial atención merece en esta cuestión el CJM; si se introduce literalmente esta disposición, se complementará la disposición del artículo 119 y será considerada como notoriamente prohibida la orden de realizar genocidio o crímenes de lesa humanidad, y al mismo tiempo será mucho más difícil argumentar desconocimiento y, por otro lado, pretender imputar al supuesto responsable el delito de desobediencia.⁸⁶

2.4. Inmunidades e inviolabilidades

El artículo 27 del Estatuto regula el principio de igualdad ante la ley penal, al señalar que el cargo oficial como jefe de Gobierno, miembro de gobierno, representante elegido o funcionario, no eximirá de responsabilidad penal por ese solo hecho, que tampoco será considerado como una causa de atenuación de la pena. Del mismo modo, señala que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial no impedirán que la CPI ejerza jurisdicción sobre ella; esta última afirmación de carácter procesal implica que las inmunidades y normas de procedimiento especiales que ostente una persona en virtud de su cargo oficial, con arreglo al derecho interno, no impedirán que la CPI ejerza jurisdicción.

No obstante, el Estatuto no ha eliminado totalmente las inmunidades, conclusión que se obtiene de la lectura de sus artículos 27 y 98, ya que se incluyen

⁸⁵ Véanse los artículos 60, 61 y 62 del CPF.

⁸⁶ El delito de desobediencia implica, en algunos de sus supuestos, que un subordinado no ejecute o respete la orden de un superior o la modifique de propia autoridad. Véase artículo 301 del CJM.

algunas disposiciones que permiten desactivar las inmunidades de los sujetos cuando la CPI debe ejercer jurisdicción.. Estas disposiciones son absolutamente necesarias, en virtud de que la existencia de la CPI no puede vulnerar por ese solo hecho el orden jurídico internacional existente, ni tampoco alterar los compromisos de los Estados partes con terceras naciones.

Atendiendo estas disposiciones, la CPI tiene posibilidad de conocer de los hechos realizados por un antiguo jefe de Estado, siempre y cuando éste no haya sido investigado o enjuiciado de buena fe. En el caso de un jefe de Estado en activo, la CPI no podrá ejercer jurisdicción si éste invoca su inmunidad ante terceros Estados, a menos que el asunto haya sido remitido por el Consejo de Seguridad, ya que en este supuesto, conforme a la Carta de la ONU, todos los Estados se encuentran vinculados por las decisiones del Consejo y en consecuencia obligados a cooperar con la CPI.⁸⁷

La irrelevancia del cargo oficial ha sido incluida como un principio del DPI, desde el Estatuto de Núremberg hasta el de la CPI, pasando por el Acta de Consejo de Control n.º 10, la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio, el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1994, los Estatutos del TPIR y del TPIY.⁸⁸

La problemática jurídica de la improcedencia del cargo oficial radica en el establecimiento de sus límites y alcances, específicamente cuando se trata de un gobernante en ejercicio de su cargo;⁸⁹ ya que la inmunidad se relaciona directamente con el ejercicio soberano de las atribuciones del Estado.

Sin embargo, y atendiendo al importante desarrollo del DPI, sería deseable que los Estados reinterpretaran el concepto de soberanía, ya que cuando los derechos fundamentales de las personas han sido sistemáticamente vulnerados, la inmunidad absoluta de los funcionarios trae aparejada la imposibilidad de que los responsables de estos hechos respondan ante la justicia, interna o internacional. En este último

⁸⁷ Antonio Remiro Brotons: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, p. 117; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 144; Kai Ambos: "El caso Pinochet y el derecho aplicable", en *El nuevo derecho penal internacional*, México: INACIPE, 2003, pp. 141-176.

⁸⁸ Así lo señalan Remiro Brotons: o. cit., p. 116; Lirola Delgado y Martín Martínez: o. cit., p. 144; Schabas: "Principios generales...", o. cit., p. 295.

⁸⁹ La irrelevancia del cargo oficial para ser enjuiciado por crímenes de lesa humanidad, cuando se trata de antiguos jefes de Estado, ha quedado demostrada en el caso *Pinochet*. Por lo que toca a la posibilidad de enjuiciar a jefes de Estado durante el ejercicio de su encargo, es posible citar la orden de aprehensión internacional que giró el TPIY en contra de Slobodan Milosevic, cuando aún ostentaba el cargo de presidente y estaban por iniciar las negociaciones entre la OTAN y el ejército yugoslavo para poner fin a los ataques armados comandados por los Estados Unidos. Elia Patricia Neri Guajardo: "Terrorismo de Estado y Corte Penal Internacional. Aproximaciones a la paranoia norteamericana", en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 20, año 13, 2004, pp. 61-77.

aspecto, una de las situaciones más problemáticas es que, mientras en el ámbito interno las averiguaciones o enjuiciamientos contra los presidentes o jefes de Gobierno son esporádicos, por no existir modificaciones al régimen jurídico de inmunidades,⁹⁰ en el ámbito internacional se materializan importantes esfuerzos por modificar esta condición, a través de instrumentos que mediante la tipificación de crímenes internacionales limitan la inviolabilidad personal y la inmunidad de jurisdicción penal de éstos. La principal razón de estos significativos cambios es la incuestionable evidencia de que los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto son planeados o dirigidos desde el poder público.

Por su parte, García Ramírez considera oportuno que el Estatuto no acepte inmunidades, pero igualmente señala que la disposición del artículo 27 suprime garantías constitucionales en el desempeño del cargo oficial, restringiendo entonces la libertad y la seguridad del funcionario, que llega a un extremo con relación al presidente de la República.⁹¹

En el caso mexicano, las inmunidades de los servidores públicos se reglamentan en el título cuarto de la CPEUM, “De las responsabilidades de los Servidores Públicos”, que es reglamentado por las disposiciones de la LFRSP. La CPEUM indica que “el Presidente de la República, *durante el tiempo de su encargo*, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común [...]”, y que en estos casos sólo podrá ser acusado ante la Cámara de Senadores, que deberá resolver con base en la legislación penal aplicable.⁹²

Si se atiende estrictamente a los contenidos literales de los artículos constitucionales antes señalados, se observa que el presidente de la República no puede ser sometido a juicio político y que, en caso de que durante su mandato se lo acusara de delitos graves —entre los que según el CFPP se encuentra el genocidio—,⁹³ el Senado

⁹⁰ Remiro Brotons: o. cit., p. 122

⁹¹ García Ramírez: “La jurisdicción...”, o. cit., p. 93.

⁹² Véanse artículos 108 a 114 de la CPEUM.

⁹³ Es necesario comentar que, cuando el constituyente redactó el párrafo segundo del artículo 108 de la CPEUM y señaló que el presidente, durante el tiempo de su encargo, sólo podría ser acusado de traición a la patria y de *delitos graves*, no tenía en mente las futuras modificaciones de la legislación penal interna. Desde hace algunos años se ha incluido en el CFPP el criterio de la gravedad del delito, para considerar si es posible que una persona sujeta a un proceso penal pueda disfrutar del beneficio de la libertad caucional. Actualmente, la lista de delitos graves es amplísima e incluye más de 40 tipos penales, entre los que se encuentran figuras como homicidio por culpa grave, genocidio, traición a la patria, hasta acciones que atentan contra el patrimonio. En consecuencia, si se llegase a una situación de esta naturaleza en contra de un presidente de la República, la Cámara de Senadores tendría que decidir si por todos los delitos que se contemplan en el artículo 194 bis el titular del Poder Ejecutivo podría ser “enjuiciado”.

de la República sería el único organismo posibilitado para imputar responsabilidades al presidente, no sólo en lo que concierne a su destitución o inhabilitación para desempeñarse en el servicio público, sino también del orden penal.⁹⁴

Lo anterior implica, en primer lugar, que el presidente de la República goza, por razón de su cargo y durante su ejercicio, del privilegio de no ser juzgado por los tribunales del Estado mexicano, y, en segundo lugar, que en estos casos la Cámara de Senadores tendría una especie de función cameral judicial —más propia de los sistemas pertenecientes al *common law*— cuyos resultados, en la gran mayoría de los casos, atenderían a una decisión política y no jurídico-penal. En efecto, si la Cámara de Senadores está integrada por una mayoría perteneciente al partido político del presidente, el resultado será de una total impunidad; en caso contrario, si tiene una mayoría políticamente opositora, es de suponerse que sus resoluciones se encontrarán viciadas y que, además, no se respetarán las garantías del debido proceso consagradas en la misma CPEUM.

Por lo que respecta a otros servidores públicos de menor envergadura, la LFRSP señala que pueden ser objeto de juicio político los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la SCJN, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, los diputados de la asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal y el procurador general de la República, entre otros muchos funcionarios,⁹⁵ por la realización de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, considerando que las violaciones graves y sistemáticas de las garantías individuales o sociales actualizan el requisito mencionado. Las garantías individuales o sociales se encuentran contempladas en la parte dogmática de la CPEUM, es decir que se corresponde con lo que podríamos llamar *núcleo duro de derechos fundamentales*.

El juicio político debe ser resuelto a través de la Cámara de Diputados y posteriormente a través de la Cámara de Senadores; las decisiones de ambas Cámaras son inapelables y sus decisiones deben ser tomadas en sesión pública, con excepción de dos situaciones: la audiencia en que se presenta la acusación y cuando las buenas costumbres o el interés general así lo exijan.⁹⁶

⁹⁴ Véase Jesús Orozco Enríquez: “Comentario a los artículos 110 y 111”, en J. Carbonell (coord.): *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, vol. IV, México: Sista, 16.ª edición, 2000.

⁹⁵ Véase artículo 110 de la CPEUM.

⁹⁶ Véanse los artículos 5, 6, 7, 30 y 41 de la LFRSP.

Actualmente, en las legislaturas de los estados se encuentra en discusión un proyecto de reforma, por el cual se pretende modificar el artículo 111 de la CPEUM, en el que se propone que, no obstante el fuero constitucional del que gozan los servidores públicos, éstos puedan responder ante las autoridades competentes sin que se requiera declaración de procedencia —es decir, desafuero— cuando se trate de delitos graves. En ese mismo orden de ideas, también se busca modificar la legislación penal interna agregando al CPF el artículo 213 *ter*, para que sean considerados delitos cometidos por servidores públicos que no requieren declaración de procedencia de la Cámara de diputados: genocidio, robo con violencia, homicidio doloso y violación, entre otros.⁹⁷

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

1) Especial referencia al principio de jurisdicción universal y 2) artículo 17.1 del Estatuto.

3.1. Especial referencia al principio de jurisdicción universal

En los diferentes tribunales penales internacionales que históricamente han sido establecidos, ninguno ha pretendido arrogarse en forma absoluta las facultades de jurisdicción de los Estados; la CPI en este sentido ostenta una jurisdicción complementaria y supone primacía jurisdiccional a los Estados, a pesar de sus facultades de revisión sobre las actuaciones de investigación y enjuiciamiento internos.⁹⁸

⁹⁷ Hasta el momento de la entrega de este informe, no fue posible constatar el recibimiento que esta reforma constitucional ha tenido entre las legislaturas locales, de las cuales se requiere la aprobación de 16, al igual que en cualquier otro proceso de reforma constitucional. El dictamen de la Cámara de Diputados en que se turna la reforma constitucional se encuentra en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados n.º 1476-I, del jueves 15 de abril del 2004, www.camaradediputados.org.mx.

⁹⁸ En una opinión contraria, Sánchez Legido señala que, precisamente en virtud de estas facultades de revisión sobre los sistemas de justicia nacionales, y de las facultades de revisión de su propia competencia, la CPI no otorga en su totalidad una preferencia a las jurisdicciones nacionales, sino que en realidad el Estatuto incluye una “preferencia tutelada a favor de las jurisdicciones nacionales”. Véase Ángel Sánchez Legido: *Jurisdicción universal y derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 309.

El principio de jurisdicción universal se caracteriza porque no se vincula con ninguno de los elementos tradicionalmente reconocidos como integrantes del Estado. Dicho principio puede encontrar dos variantes: la primera indica que se trata de un título de jurisdicción a través del cual los jueces de un Estado asumen competencia para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros y contra extranjeros; la segunda indica que la jurisdicción universal se caracteriza por ser un título de jurisdicción operativo, para reprimir nacionalmente delitos especialmente odiosos y que atentan contra intereses esenciales de la humanidad.⁹⁹

Ahora bien, sea cual sea el fundamento aceptado para éste, el principio de jurisdicción universal no es regulado por el derecho mexicano,¹⁰⁰ que únicamente contempla en el CPF y el CFPP los títulos de ejercicio de jurisdicción tradicionalmente reconocidos y que operan para todos los tipos penales contenidos en la parte especial; Cabe reiterar de nueva cuenta que la tipificación de crímenes internacionales es prácticamente inexistente, ya que, con excepción del delito de genocidio, ni el CPF ni el CJM contienen disposiciones sobre crímenes contra la humanidad o de guerra; en consecuencia, no existen reglas especiales aplicables para determinar la competencia de los tribunales mexicanos en estos casos.

Como he indicado, en el Estado mexicano la jurisdicción se fundamenta generalmente en el principio de territorialidad, y como en la gran mayoría de las legislaciones nacionales se incluyen excepciones a esta regla, atendiendo al principio de personalidad activa, de personalidad pasiva y al principio de protección de intereses, y finalmente atendiendo a la circunstancia de que no todos los delitos se desarrollan íntegramente en el territorio mexicano, se ha incluido también el principio de territorialidad subjetivo —es competente para conocer del delito el Estado en cuyo territorio se inició el delito— y el principio de territorialidad objetivo —territorio del Estado en el que el delito produce sus efectos.¹⁰¹

Por otra parte, como en páginas previas he comentado, no se ha discutido en México ningún proyecto de ley de implementación, de tal forma que no es posible indicar si se prevé modificar las normas que regulan los títulos territoriales o extrate-

⁹⁹ *Ibidem*, p. 38 ss.

¹⁰⁰ Aun cuando el mismo Sánchez Legido considera que el principio de jurisdicción universal se regula en los ordenamientos jurídicos internos, cuando el Estado en cuestión forma parte de una convención internacional que lo regule, y sostiene que este es el caso de México, atendiendo al contenido del artículo 6.º del CPF, ya comentado (o. cit., p. 87).

¹⁰¹ Véanse los artículos 2, 3, 4 y 5 del CPF. Más ampliamente, los comentarios a las normas que regulan la competencia del Estado mexicano se encuentra en Neri Guajardo: "Informe México", o. cit., pp. 415 ss.

ritoriales de jurisdicción en materia penal.¹⁰² A este respecto, mi opinión es que dichos títulos de jurisdicción no deben ser modificados, ya que con su actual regulación y la inclusión de los tipos penales necesarios en el CPF se posibilita en el ámbito interno, en términos estrictamente jurídicos, una persecución penal eficaz de autores de crímenes internacionales.

En lo que concierne a la jurisdicción universal, el Estado mexicano se encuentra obligado respecto de ciertos instrumentos internacionales que lo regulan —tal es el caso de las CG—; no obstante, debido a los lineamientos que rigen la política exterior del país, es políticamente poco probable que este principio sea incluido en la CPEUM o en la legislación penal. Un ejemplo de esta política exterior, que se estructura fundamentalmente sobre el principio de no intervención, y de las inexistentes posibilidades de integrar el principio al orden jurídico interno son las expresiones de la SCJN con ocasión del caso Cavallo.

Como es sabido, España solicitó la extradición de Ricardo Miguel Cavallo al Estado mexicano, en virtud de la existencia de un proceso penal en su contra, por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, presumiblemente realizados en Argentina, durante los años de la dictadura militar. Atendiendo a los procedimientos establecidos, la SRE turnó la petición a la PGR y, en consecuencia, un juzgado de distrito decidió otorgar la extradición. Esta resolución fue impugnada a través de un juicio de amparo en el que se argumentó la inconstitucionalidad del tratado de extradición entre México y España, su protocolo de aplicación, así como también la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio; igualmente se argumentó que se violaban las garantías constitucionales debido a que, en este caso, el enjuiciamiento debía ser realizado en el país donde los hechos se habían cometido. La justicia federal concedió la razón a los argumentos indicados y ordenó la suspensión del acto reclamado. Ante estos hechos, la SER y la PGR impugnarón la nueva resolución y la SCJN estimó que era competente para conocer el recurso de revisión. Finalmente, la misma SCJN determinó que la extradición era procedente, no obstante el criterio de cuatro ministros que se expresaron en contra por considerar que “no es pertinente la aplicación de principios de ‘justicia universal’, ya que ahora carecen de certeza y seguridad, amén de que nuestra Constitución no autoriza su adopción [...]”.¹⁰³ En la

¹⁰² Los respectivos dictámenes de la Cámara de Senadores y de Diputados no se han expresado sobre esta posibilidad.

¹⁰³ José Luis Siqueiros: “La extradición y la jurisdicción universal. El Caso Cavallo”, en *Revista de Derecho Privado*, Biblioteca Jurídica Virtual, <www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr5.htm>.

misma resolución, el ministro Humberto Román Palacios emitió un voto particular en el que cuestionó la jurisdicción de los órganos judiciales españoles para juzgar a ciudadanos, españoles o extranjeros, que fuera del territorio español hubiesen cometido delitos de genocidio, terrorismo y cualquier otro que según tratados internacionales deba ser perseguido por el Poder Judicial español.¹⁰⁴

3.2. El artículo 17.1 del Estatuto

Como es conocido, el Estatuto no incluye el supuesto de la jurisdicción universal, ya que el sistema de justicia penal que implica la CPI se construye sobre el principio de complementariedad, regulado en el artículo 17 del mismo instrumento. A través de esta disposición, la jurisdicción de la CPI asume el carácter de *ultima ratio* que únicamente se activa en virtud de la inacción, la falta auténtica de disposición o la incapacidad de los Estados parte para investigar y enjuiciar los crímenes internacionales de su competencia.¹⁰⁵

Desde las negociaciones en Roma, y *desde una perspectiva temporal*, las delegaciones debieron decidir entre una configuración estática o dinámica del principio. Según la primera opción, la CPI y las jurisdicciones nacionales se encontrarían *en pie de igualdad* y quien originalmente iniciara una averiguación o enjuiciamiento sobre un asunto determinado obtendría la jurisdicción exclusiva sobre él. Atendiendo a la segunda, la CPI podría ejercer jurisdicción complementaria en las etapas de averiguación o enjuiciamiento de las jurisdicciones nacionales, cuando éstas no tuvieran voluntad real para realizarlas o se encontraran materialmente impedidas para ello, quedando excluidas las sentencias de buena fe y las medidas posteriores a la condena.¹⁰⁶

El haber optado por esta complementariedad dinámica persigue dos objetivos: garantizar a los Estados la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento de la CPI cuando la jurisdicción nacional tiene la voluntad política y material de investigar o enjuiciar a los responsables de los crímenes de su competencia, y motivar a los Estados a cumplir su deber de ejercer jurisdicción sobre estos crímenes.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Olásolo: o. cit., p. 195

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 204 y 205. Las medidas posteriores a las condenas de buena fe se refieren, a título ejemplificativo y en el caso mexicano, a una condena condicional, una remisión parcial de la pena o un beneficio preliberacional.

¹⁰⁷ Véanse los párrafos 4.º, 6.º, 10.º y 11.º del Preámbulo y los artículos 17, 18.2, 19 párrafos 2.º, 5.º y 7.º, y 53 del Estatuto.

El ejercicio subsidiario de la jurisdicción de la CPI, en los términos reconocidos en el Estatuto, ha sido la razón de que 98 naciones de la comunidad internacional hayan decidido convertirse en Estados partes.¹⁰⁸ No obstante los objetivos y los resultados, esta misma regulación del principio de complementariedad podría comprometer sus actuaciones al configurar posiblemente el obstáculo más importante en el combate a la impunidad y en la prevención de futuros genocidios, crímenes de lesa humanidad o de guerra.

La inclusión en diversos artículos del Estatuto de las frases “el Estado que tenga jurisdicción” (artículo 17), “Estados que [...] ejercerían normalmente la jurisdicción” (artículo 18) o “Estado que tenga jurisdicción en la causa” (artículo 19), sin determinar los nexos jurisdiccionales aplicables, implica la posibilidad de que numerosos Estados acudan ante la CPI con la pretensión de suspender su investigación o enjuiciamiento, atendiendo a los normales títulos de jurisdicción extraterritorial, a las afinidades políticas, ideológicas e incluso económicas entre el Estado afectado por el ejercicio de la jurisdicción complementaria de la CPI y un tercero, motivado por criterios propios o por presiones externas.¹⁰⁹ Sumada a esto, surge la cuestión del principio de jurisdicción universal, que en diversos supuestos podrá inhibir la jurisdicción de la CPI: cuando se haga una reserva respecto de los crímenes de guerra; cuando por cuestiones de la no aplicación retroactiva del Estatuto los crímenes no puedan ser conocidos por la CPI; cuando se trate de violaciones graves a derechos fundamentales pero que no satisfagan la regla de competencia establecida en el artículo 1.º; cuando tenga interés en conocer del asunto un Estado no parte del Estatuto pero firmante de otro convenio internacional que regule el principio, entre otros.

Como señala Sánchez Legido, sería lamentable que un principio que se ha desarrollado como un mecanismo extremo, que enfrenta “la habitual pasividad de los Estados más vinculados con los hechos” para hacer responder ante la justicia a los autores de crímenes internacionales, fuera utilizado para obstaculizar el ejercicio oportuno y debido de la jurisdicción de la CPI.¹¹⁰

¹⁰⁸ Véase www.iccnw.org.

¹⁰⁹ Cuando me refiero a presiones externas, pienso en la posibilidad de que algún país enemigo de la CPI, haya ofrecido “ayuda” de cualquier tipo a este tercer Estado, y dicha ayuda se encuentre condicionada a que el Estado acuda a la CPI invocando jurisdicción en la causa, con el único objetivo de paralizar sus actuaciones. Véase Neri Guajardo: “Terrorismo de Estado...”, o. cit.

¹¹⁰ Sánchez Legido: o. cit., p. 222.

Atendiendo a lo anterior y pensando en la futura implementación del Estatuto en el orden jurídico mexicano, sería oportuno que, a efectos del artículo 17, se señalara que “el Estado que tiene jurisdicción” debe ser entendido preferentemente como el *iudex loci delicti commissi*, ya que normalmente el juez del territorio en que se cometió el delito, debido principalmente a su proximidad con los hechos, es el que tiene mejores probabilidades de enjuiciamiento exitoso. Igualmente podría incluirse el Estado de nacionalidad del autor del delito, ya que ambos son los Estados reconocidos en el artículo 12 del Estatuto cuando se refiere a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia. Mediante esta fórmula, no sólo se evitarían indeseables e indebidas intromisiones en la jurisdicción de la CPI, sino que también el Estado mexicano —congruentemente con su política exterior— *evitaría/reduciría* actuaciones injerencistas en cuestiones de su exclusiva competencia, con relación a terceros Estados.

1 • Introducción

Si utilizamos como criterio la firma y la ratificación del Estatuto de Roma para medir el grado de determinación de un Estado en llevar a la práctica el compromiso de perseguir hechos que por su gravedad afectan a la comunidad internacional, como afirma Malarino,¹ la República del Paraguay ocupa uno de los grados más altos. Fiel a los principios constitucionales de aceptación del derecho internacional, protección de los derechos humanos y cooperación internacional (artículo 143), se decantó desde el inicio mismo al participar en las tratativas de la Conferencia de Roma por la creación de un órgano internacional, y aceptó el desafío que implicaba el compromiso de reconocer un sistema internacional de justicia penal que juzgue y condene las graves violaciones contra los derechos fundamentales de la persona humana. Esta situación además se vio favorecida porque no existía ningún límite constitucional que impidiera celebrar un tratado por el cual se estableciera un tribunal penal internacional competente para juzgar hechos ocurridos en el territorio o cometidos por sus nacionales, cuya jurisdicción aspira ser subsidiaria o complementaria de las jurisdicciones nacionales. Del texto constitucional (artículo 145) se desprende que el Paraguay, en condiciones de igualdad, puede admitir un orden jurídico supranacional

¹ Véase Malarino, en *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales y plan de acción*, 2004, pp. 174 y 175, y en el informe de Argentina, en Ambos-Malarino, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, p. 36.

que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo.

El gobierno paraguayo suscribió el Estatuto sin dilaciones el 7 de octubre de 1998 y actualmente es un Estado parte, luego de la aprobación prácticamente sin oposición, por ley n.º 1663 del 17 de abril de 2001. El depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 14 de mayo de 2001, sin que se hubiere formulado declaración alguna, y la publicación en la *Gaceta Oficial* n.º 81 bis, el 27 de abril de 2001. Su vigencia data para la República, al igual que la vigencia general del ER, del 1 de julio de 2002. Fue uno de los primeros países latinoamericanos en ratificar el instrumento. Con ello ha aceptado la jurisdicción de la CPI en las condiciones del Estatuto y consentido la aplicabilidad de sus normas.

Superada la fase de ratificación, sobreviene en el curso del año 2005 la aprobación del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmidades de la Corte Penal Internacional mediante la ley n.º 2581/2005, sancionada por el Parlamento paraguayo el 5 de mayo de 2005 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 7 de junio de 2005.

Del espíritu y los objetivos del Estatuto emerge para los Estados nacionales el incentivo de adoptar medidas legislativas y de asumir en primer término la persecución de los crímenes competencia de la Corte. La ratificación, por ende, plantea al Estado paraguayo cuestiones político-jurídicas relacionadas con la elaboración de un sustento jurídico nacional que favorezca la cooperación con la CPI, así como también el grado de disponibilidad para perseguir y castigar crímenes internacionales y modificar el ordenamiento jurídico-penal que se requiera para ello, considerando la gama de leyes nacionales que reciben el impacto de las disposiciones del instrumento internacional. La incorporación automática en el derecho interno no satisface el cumplimiento cabal de las obligaciones contraídas. Sin embargo, a la temprana ratificación no ha seguido la puesta en práctica del compromiso de persecución mediante las reformas en el orden interno, y hasta el momento no existen en el Congreso proyectos de ley en estudio para la respectiva implementación.

La única iniciativa del gobierno, hasta el momento, para impulsar la adopción de medidas legislativas y asegurar el adecuado funcionamiento del sistema y el cumplimiento de los compromisos derivados se manifestó por decreto n.º 19 685 del 10 de diciembre de 2002, por el cual se conformó una Comisión Interinstitucional para el Estudio y Evaluación de la Legislación vigente referente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, la cual, dos años después, no había iniciado los trabajos, dado

que nunca se constituyó, pues los representantes de las instituciones mencionadas en el decreto no fueron designados.

A mediados del 2004 surge una iniciativa en materia de implementación, fuera del ámbito gubernamental, con la conformación de un grupo de trabajo² convocado por Inecip Paraguay (Instituto de Derecho Comparado en Ciencias Sociales y Penales) en el marco del convenio “Preparación para la implementación del Estatuto de Roma en Paraguay”, suscrito con el gobierno de Canadá, con el propósito de realizar un diagnóstico que abarcara el análisis del marco legal,³ institucional⁴ y de participación de ciertos sectores claves (estatales y sociales)⁵ necesarios para una efectiva implementación. Las conclusiones del equipo y un reporte con cuestiones metodológicas y recomendaciones, elaborado por el jurista Ezequiel Malarino⁶ a partir de los informes nacionales y un plan de acción,⁷ fueron presentados en diciembre de ese mismo año al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Comisión Interinstitucional para Reforma del Código Penal, Código Procesal Penal y Penitenciario,⁸ las cuales serán expuestas en el cuerpo de este informe.

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

La República del Paraguay no cuenta, como otros países, con un mecanismo de control constitucional previo a la suscripción, a la aprobación o ratificación de

² El grupo estuvo integrado por los juristas nacionales Raúl Quiñónez, Yenny Villalba, Gisella Di Módica, Jorge Rolón Luna, Carmen Montanía y el consultor argentino Ezequiel Malarino.

³ Véase Carmen Montanía, en informe sobre el marco normativo para la efectiva implementación del Estatuto de Roma en Paraguay, en *La Implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, pp. 15-69.

⁴ Véase Raúl Quiñónez, “Diagnóstico institucional en atención a los requerimientos de la Corte Penal Internacional”, en *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, pp. 73-111.

⁵ Véase Di Módica-Villalba: “Informe sobre Análisis de participación para la implementación del Estatuto de Roma”, en *La Implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, pp. 115-170.

⁶ Véase en *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, 2004, pp. 174-256.

⁷ Elaborado por Jorge Rolón: *La Implementación...*, pp. 259-271.

⁸ Esta comisión fue constituida por ley n.º 2403 del 17 de junio de 2004, que crea la Comisión Nacional para el estudio de la reforma del Sistema Penal y Penitenciario, integrada por miembros de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y el Ministerio Público, la cual debe presentar sus conclusiones en agosto de 2005.

tratados internacionales, a los efectos de someterlos a examen de constitucionalidad. En consecuencia, no se ha ejercido un control previo y tampoco se ha debatido o planteado la posibilidad de una reforma constitucional, general o particular, para solucionar problemas de incompatibilidad entre el Estatuto y la Carta Magna, posterior a la ratificación ni previa o posterior a la entrada en vigor del Estatuto. El sistema paraguayo prevé el control constitucional judicial *a posteriori*, el cual no actúa hasta que se genere un conflicto jurídico cuando se pretenda aplicar la norma. Por el momento tampoco existen decisiones jurisprudenciales que analicen la compatibilidad del Estatuto en el orden interno ni litigio sometido a la jurisdicción pendiente de resolución.

Esto no significa que no existan algunas cuestiones que podrían ocasionar fricciones entre los distintos cuerpos normativos y generar demandas ante los órganos jurisdiccionales, aunque no se han esbozado hasta hoy soluciones alternativas para una reforma constitucional.

A continuación señalamos los obstáculos jurídicos que podrían surgir en Paraguay, que deben ser considerados para una adecuada implementación y las posibles vías de solución que han sido analizadas en el grupo de trabajo mencionado en la introducción.

2.1.1. El principio *non bis in idem*

No existe posibilidad del *bis in idem* en el ordenamiento jurídico paraguayo. El artículo 17, inciso 4, de la Constitución dispone que en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que no se la juzgue más de una vez por el mismo hecho. Determina además que no se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal.

Los artículos 17.1.*b* y *c* y 20.3 del ER presentan ciertas aristas que podrían considerarse difícilmente armonizables con el principio *ne bis in idem*, vigente en el orden constitucional paraguayo de un modo explícito. Así, en lo que atañe a su principal manifestación —el respeto a la cosa juzgada—, el Estatuto permite que la CPI pueda procesar a alguien que ya haya sido procesado por hechos también prohibidos en el Estatuto, si el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte o

cuando la causa no hubiera sido instruida en forma independiente o imparcial o de forma que fuese incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

El artículo 20 inciso 3 del Estatuto instala controversia principalmente en el orden supranacional cuando la CPI decidiera entender en hechos ya juzgados en Paraguay, pero no a la inversa, porque en el orden interno, aunque haya ratificado el Estatuto, el Estado está vinculado a la Constitución y no podría iniciar un proceso ya juzgado por la CPI.⁹

La solución propuesta como más adecuada es la reforma constitucional que disponga que una resolución judicial firme en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.3 ER pueda ser una excepción al principio de la cosa juzgada, a fin de evitar discusiones futuras. Lo apuntado no impide la implementación legal, aunque sí eventuales cuestionamientos sobre la constitucionalidad y resistencias a la jurisdicción de la CPI en el caso de que ésta considerase que un juzgamiento obedece a uno de los motivos previstos en el artículo 20, inciso 3.

2.1.2. Principio de legalidad

Ya en el momento del debate de la sesión plenaria de la Cámara de Senadores, el representante de la Comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo, que aconsejaba el rechazo del Estatuto de Roma (dictamen en minoría),¹⁰ mencionaba que éste no era “instrumento idóneo” y que “agred[ía] el régimen constitucional”, concretamente en el *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta et praevia*, con el establecimiento de los ilícitos que habrían de ser materia susceptible de decisión de la CPI.

El cuestionamiento del expositor se centraba en que el principio no era respetado por el tratado de Roma, porque los Elementos de los Crímenes que constituyen el tipo legal de los delitos en cuestión, que ayudan a interpretar y a aplicar los crímenes a los cuales se refiere el artículo 5.º, cuya modificación sería aprobada (posteriormente) por una mayoría de dos tercios de los Estados partes, no estaban mencionados. Además, agregaba que “en muchos otros casos los ilícitos no est[aban] en absolu-

⁹ Véase Malarino: *La implementación...*, pp. 211-213.

¹⁰ Véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, n.º 31, diciembre de 2001, pp. 1-15.

to tipificados, de manera que se trata[ba] de leyes penales abiertas, en las cuales, en cualquier momento se p[odía] agregar algún tipo de conducta entendida la expresión, de acuerdo al artículo 14 inciso 1 numeral 2 de nuestro Código Penal: ‘a los efectos de esta ley se entenderán como: [...] tipo legal: el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado, a los efectos de su tipificación, y hecho antijurídico la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación’”. Se subrayó principalmente que “[...] si el tratado se hubiese ceñido a crear el Tribunal y un procedimiento para el juzgamiento de ciertos delitos, éste sería en general aceptable”, pero al tener “una suerte de Código Penal, donde están descritos los delitos que pueden ser materia de ese procedimiento y de la decisión del Tribunal, aparecen las lagunas inaceptables, como el artículo 7 inciso *k*, ‘otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental y física’”.

Es cierto que algunos de los tipos del Estatuto de Roma podrían vulnerar el principio de legalidad, tratado, en conjunto, en el artículo 17.3, con una garantía procesal —la prohibición de condena sin juicio previo fundada en ley anterior—, el artículo 12, sobre privación de libertad exclusivamente por las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes,¹¹ y expresamente en la formulación entera de *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta e praevia* en el artículo 1 del Código Penal, debido a la vaguedad e imprecisión en su formulación: “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 7.1.*b*); “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 7.1.*g*); “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental o física” (artículo 7.1.*k*); “cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra” (artículo 8.2.*b*.xxxii y 8.2.*e*.vi). A los efectos de salvar esta deficiencia los tipos requieren que se determine la conducta incriminada, lo cual puede resolverse con la implementación legal.

La experiencia en el derecho comparado ofrece soluciones para superar el *impasse*. Alemania, a fin de salvaguardar el principio de legalidad, lo asimila a la fórmula

¹¹ Que implica una prohibición de privación de libertad fuera del ámbito del derecho penal. Véase al respecto la exposición de motivos del Código Penal en la obra *Código Penal de la República del Paraguay. Ley n.º 1.160/97*, p. LIII.

de lesiones graves y lo remite expresamente para su ejemplificación al tipo del § 226 del StGB (cfr. § 7 [1], 8 del VStGB, Código Penal Internacional alemán).¹²

La recomendación más acertada y más segura es la de realizar un análisis por separado de cada tipo individual de los crímenes competencia de la CPI a los efectos de ajustar las tipificaciones respetando el principio de legalidad,¹³ soslayando la opción de no implementar la norma imprecisa. Tampoco consideramos adecuada la implementación en forma literal por la transposición textual a la legislación interna, por una remisión o aun por la aplicación directa.¹⁴ Por ello acompañamos la postura de eludir esta última alternativa como técnica legislativa que podría generar choques frontales con las normas del ordenamiento jurídico y que no permitiría subsanar los déficit del Estatuto en el momento de la implementación.

2.1.3. Cadena perpetua

El artículo 77 del Estatuto extiende la pena privativa de libertad más allá de lo establecido en el ordenamiento interno, dado que la reclusión a perpetuidad no está contemplada en nuestra legislación. La pena máxima prevista en el Código Penal es la privativa libertad de 25 años.

Ciertamente nuestra Constitución no prohíbe expresamente la reclusión a perpetuidad, ni limita la reclusión a un tiempo máximo, pero sí subordina la finalidad de la pena a la readaptación social del condenado. La función rehabilitadora de la pena no representa un obstáculo constitucional ni una incompatibilidad radicalmente automática y necesaria con una duración perpetua de aquélla.

La cuestión en el orden supranacional¹⁵ no plantea mayores inconvenientes en cuanto a la existencia de la pena a perpetuidad, atendiendo a que el Paraguay ha aceptado la jurisdicción de la CPI. Por otra parte, la posibilidad de reducción de la pena cumplidos los 25 años de condena, prevista en el Estatuto (artículo 110.3), no entorpecería la finalidad de readaptación en el orden interno. En cuanto a la ejecución de condenas en nuestro país de penas privativas de libertad dictadas por la

¹² Véase Ambos: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, p. 28, y *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, p. 216.

¹³ Así el proyecto de implementación argentino del senador Yoma presentado el 9 de marzo de 2004.

¹⁴ Véase Malarino: *La implementación*, p. 183.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 207-208.

Corte, el gobierno no ha manifestado su disposición de recibir a condenados por la CPI (artículo 103.1.a), y si en el futuro deseara hacerlo puede imponer como condición (artículo 103. 1.b) que sólo admitirá condenados cuya pena no exceda el máximo establecido en las leyes del país. Se entiende que el Estado no podría ser obligado a ejecutar una sentencia de cadena perpetua en su territorio.

En el orden interno, Paraguay no está obligado a incorporar este tipo de pena; el propio Estatuto reconoce en su artículo 80 que nada de lo dispuesto en relación con las penas se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas en su legislación nacional.

2.1.4. Inmunidades e inviolabilidades

En materia de inmunidades existen privilegios (desafuero y juicio político), con rango constitucional, para funcionarios públicos de alta jerarquía: senadores o diputados no pueden ser sometidos a proceso ante los tribunales ordinarios sin el previo desafuero de la Cámara a la que pertenecen (artículo 191); presidente, vicepresidente, ministros del Poder Ejecutivo, ministros de la Corte Suprema de Justicia, fiscal general, contralor general y subcontralor, integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral requieren juicio político previo para el juzgamiento (artículo 225). En el ámbito internacional encontramos la del agente diplomático, que goza de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor, su persona es inviolable y no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto (artículo 29, 31 de la ley n.º 90/69, que aprueba la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas); en este mismo sentido se prevén inmunidades para funcionarios consulares, los cuales no podrán ser detenidos sino cuando se trate de un delito grave (artículo 41 de la ley n.º 91/69, que aprueba la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

El artículo 27 ER, por el contrario, al disponer que el cargo o la posición oficial (jefe de Estado, parlamentario o funcionario del gobierno) en ningún caso eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena, obliga al Paraguay a cooperar con la CPI y la oposición de una inmunidad frente a ella lo haría incurrir en responsabilidad internacional.

Esta circunstancia ocasiona un problema de compatibilidad de ambas regulaciones y habilita la discusión y eventual oposición, pues las inmunidades y los procedimientos especiales consagrados constitucionalmente priman sobre los tratados in-

ternacionales. Una futura solicitud de entrega o cooperación, en general, de un ciudadano paraguayo que goza de tales privilegios podría originar un conflicto y ocasionar dificultades a las autoridades nacionales. Esto es así porque la Constitución, si bien admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, no prevé expresamente mecanismos específicos para la transferencia del ejercicio de funciones soberanas —entre ellas las jurisdiccionales— a instancias supranacionales.¹⁶ Es cierto que la apertura del sistema jurisdiccional a un tribunal internacional (merced a la ratificación del ER), la aceptación de su competencia superior y la posibilidad de levantar la inmunidad mediante la concesión de la autorización parlamentaria dejarían sin fundamento alguno a la oponibilidad a un tribunal internacional al que se han cedido competencias jurisdiccionales, pero las discusiones en el ámbito político podrían entorpecer y demorar los pedidos de cooperación. Por ello se imponen la reforma constitucional y la incorporación de una excepción a las normas de inmunidades y privilegios frente a un requerimiento de la CPI, que impidan el goce de privilegios e inmunidades para autores de crímenes internacionales (artículos 191 y 225).¹⁷

Esta solución debe hacerse extensiva para los acuerdos bilaterales sobre otorgamiento de inmunidades a personal militar y técnico de los países afectados. Recientemente, un acuerdo suscrito entre los Estados Unidos de América y Paraguay, relacionado con el ingreso de militares y técnicos por el término de 18 meses, en el cual se ha concedido categoría jurídica equivalente a la otorgada al personal administrativo y técnico de la embajada estadounidense con base en el Convenio de Viena sobre Inmunidades Diplomáticas, ha ocasionado una polémica vinculada justamente con la posible vulneración del Tratado de Roma.¹⁸ Esto ha suscitado una declaración de la ministra de Relaciones Exteriores, quien consignó que “dentro del Mercosur, de manera consecutiva, hemos venido ratificando que los Estados parte no hemos firmado ni vamos a firmar ningún artículo que violente el espíritu del Estatuto de Roma”.

¹⁶ No tenemos como en Alemania una norma constitucional que permita transferir mediante ley derechos soberanos a instituciones internacionales (artículo 24).

¹⁷ Véase Malarino, *La implementación*, pp. 208-210.

¹⁸ Una de las cláusulas dice: “que el Gobierno de Paraguay y de Estados Unidos renuncian recíprocamente a cualquier reclamo que cualquiera de las partes pudiera tener contra la otra por daño, lesión, muerte de sus personales civiles y militares, o por el daño, pérdida o destrucción de sus respectivas propiedades, resultante de las actividades a las que este acuerdo se aplica. Cualquier reclamo presentado por terceros que se origine en las actividades cumplidas en el marco del ejercicio deberá ser encaminado al gobierno que se señale como responsable, a fin de que el mismo considere su procedencia y, en su caso, determine la indemnización que corresponda de conformidad con su legislación”.

Precisó además que la República del Paraguay, el 23 de octubre del 2003, fue el país que notificó a los Estados Unidos que no firmaría ningún acuerdo que significara la violentación del artículo 98.¹⁹

En conclusión, si queremos evitar obstáculos y resistencias para que la CPI ejerza su jurisdicción en asuntos sobre los cuales se ha iniciado una investigación o un enjuiciamiento, se debe garantizar en el plano constitucional la eliminación de toda inmunidad aplicable en el derecho interno. Subrayamos, no obstante, que la falta de reforma no impide la implementación.

2.1.5. Derecho de gracia

En cuanto al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 238, numeral 10, sobre la posibilidad de indultar o conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, no produce una confrontación real con el Estatuto. El derecho de gracia es una facultad discrecional,²⁰ no obligatoria, y, desde el momento en que el tratado es vinculante para el Estado,²¹ sólo podrá ser otorgado respetando el marco propuesto por aquél y de modo compatible. De la misma manera, tampoco pueden disponer los titulares del derecho de gracia sobre las penas impuestas por la CPI, pues, a tenor del artículo 110.2 del Estatuto, sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y pronunciarse al respecto después de escuchar al recluso. En la ley reglamentaria del indulto (ley

¹⁹ Según artículo publicado en el diario *ABC Color* del Paraguay, del 15 de junio de 2005.

²⁰ En cuanto a discrecionalidad, la Corte Suprema de Justicia se expidió en el acuerdo y sentencia n.º 415 del 2 de diciembre de 1998 por el cual declaró, en mayoría, la inconstitucionalidad del decreto n.º 117 del Poder Ejecutivo del 18 del agosto de 1998 que conmutó una pena privativa de libertad en los siguientes términos: “[...] No puede concebirse que la discrecionalidad signifique autorización para dictar actos ilegítimos o ineficaces. De admitirse, se incurrirá en mal ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración pública. La confusión se produce cuando se identifica facultad discrecional con inexistencia de un derecho subjetivo o exclusión de control jurisdiccional. El ejercicio de la actividad discrecional está limitado por las consecuencias jurídicas de la legalidad administrativa y por el fin especial de la ley; por ello se dice que no existe libertad discrecional, sino facultad discrecional bien vinculada. Sólo se manifiesta libre, pero unida a la ley, la elección de elementos que servirán para la determinación objetiva. El análisis precedente demuestra que la discrecionalidad requiere conformidad de actuación con las normas y con la representación de hechos objetivos y exteriores elegidos; y que cualquier desviación deberá rectificarse por el órgano jurisdiccional. La posibilidad de que ciertos actos administrativos sean consecuencia del ejercicio de actividades discrecionales no significa que deban estar fuera de la juridicidad y de la legalidad. La diferencia que presenta la forma de actividad discrecional radica en que la administración, al manifestar el acto, elige y determina por sí misma los motivos determinantes de ciertos elementos de la resolución. Lo contrario implica arbitrariedad o falta de certeza en los hechos determinantes elegidos, que puede dar lugar a la intervención del órgano jurisdiccional [...]”.

²¹ En consonancia con el principio de 143 de la Constitución que en sus relaciones internacionales acepta el derecho internacional y se ajusta en sus numerales 4 y 5 la solidaridad y cooperación internacional y la protección internacional de los derechos humanos. Y el artículo 45 por el cual la República, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos.

1285/98) se podría incluir, si no se opta por una ley especial, la prohibición de indulto y conmutación para crímenes internacionales.²²

2.1.6. Entrega de nacionales

La figura legal de la entrega no está establecida como tal en la legislación paraguaya; sí la de la extradición (en el CPP, acuerdos multilaterales, acuerdos bilaterales con diferentes países) y también el traslado de detenidos según lo establecido en la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, ratificada por nuestro país. Cabe señalar que la Ley Fundamental paraguaya no impide la extradición de nacionales,²³ lo que constituiría una barrera insalvable en todo proceso de extradición o entrega.

Tratándose la entrega de un supuesto de cooperación pasiva y siendo una obligación expresa del Estatuto que existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en él, el Estado paraguayo debe incluir normas jurídicas específicas (artículo 88), pues, como se ha visto, las reglas de cooperación existentes regulan solamente la cooperación entre Estados. La implementación en este sentido es necesaria para hacer posible la actuación de la CPI.

En lo relativo a la extradición de imputados o condenados se rige por el derecho internacional vigente, por las leyes del país, por las costumbres internacionales o por las reglas de la reciprocidad cuando no exista norma aplicable, según lo dispuesto por el artículo 143 del Código Procesal Penal (CPP), que contiene un capítulo destinado a la cooperación bajo el epígrafe “Comunicación entre autoridades” y en la sección II lo relativo a exhortos, extradición, extradición pasiva, activa y medidas cautelares.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

Como ya se mencionó, el país no ha adoptado todavía una ley de implementación y no existen proyectos ni anteproyectos al respecto.

El único proyecto de ley que fue presentado, con posterioridad a la ratificación del Estatuto, es el de reforma del Código Procesal Penal Militar. En noviembre del

²² Montanía: *La implementación...*, p. 53.

²³ Según los acuerdos firmados, la denegación de extradición de nacionales es una facultad de los Estados.

2004 ingresa al Congreso, Cámara de Senadores, el proyecto, bajo la forma de ley penal especial.²⁴ La propuesta, fundada en el principio unitario del orden jurídico y de igualdad de los ciudadanos, es la de una legislación militar que no contenga reglas distintas de las del fuero penal común, salvo en los casos en los que la naturaleza de las normas violadas y la calidad de militares de los sujetos exija una solución especial. En la exposición de motivos del proyecto se argumenta que los miembros de las fuerzas armadas deben estar sometidos a las reglas comunes, como cualquier otro ciudadano paraguayo, y acorde con esta postura sólo se formulan las modificaciones consideradas necesarias de las reglas consagradas en la parte general del Código Penal, y la complementación de la parte especial con descripción de hechos punibles que constituyen una violación de las responsabilidades²⁵ y deberes específicos de los miembros de las fuerzas armadas. Se definen el hecho penal militar y la orden (artículo 3, numerales 1 y 2), hoy ausentes en el ordenamiento jurídico. Se estipulan: la reprochabilidad en la comisión de un hecho antijurídico, en cumplimiento de una orden cuando se conozca la antijuridicidad de la conducta o cuando la antijuridicidad sea evidente según las circunstancias del hecho conocidas por el autor (artículo 6); la medición de la pena, con base en el artículo 65 del Código Penal y que el tribunal considere si el hecho fuere realizado en tiempo de paz o de conflicto armado internacional (artículo 9); la desobediencia (artículo 19), la insubordinación (artículo 20), la obligatoriedad de la orden y el error de prohibición (artículo 22), en virtud del cual el subalterno no obra antijurídicamente cuando la orden carezca de obligatoriedad porque no fue dada para fines de servicio, viola la dignidad humana o su cumplimiento constituye un hecho punible; el deber de control del superior (control directo o por intermedio de otras personas de subalternos, artículo 36).

²⁴ El estudio del proyecto no se ha iniciado y tampoco figura en la agenda de la actual Comisión Interinstitucional para la reforma del Código Penal, Procesal Penal y Penitenciario.

²⁵ En cuanto a la responsabilidad del superior, la legislación paraguaya no contempla la responsabilidad del superior civil ni militar. Se requiere una regulación independiente y específica que incluya claramente la responsabilidad de los jefes militares y civiles porque el artículo 15 del CP, que regula los casos de omisión impropia, no resulta satisfactorio para reprimir la conducta del superior y no cubre todos los aspectos expuestos en el artículo 28 del ER.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

La aceptación del Estado paraguayo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto no ha provocado aún la revisión de las reglas de competencia y especialmente las relacionadas con el principio de jurisdicción universal, ni se proyectan modificaciones en este sentido.

Los principios de aplicación espacial están contenidos en la parte general del Código Penal, en los artículos 6 y siguientes. Éstos recogen disposiciones relativas al principio de territorialidad para hechos realizados en el territorio nacional (artículo 6), de protección de intereses del Estado por hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos paraguayos (artículo 7), de universalidad (artículo 8), y de personalidad o nacionalidad, justicia supletoria (artículo 9), y el principio de ubicuidad (artículo 13 inciso 3).

En virtud del artículo 6, los órganos jurisdiccionales paraguayos no intervienen cuando el hecho realizado en territorio nacional y también en el extranjero haya sido juzgado por un país extranjero. En este supuesto falta incluir en el articulado la regulación referente a la intervención cuando la CPI como tribunal sentenciador hubiere juzgado los hechos cometidos en el territorio de Paraguay y de otro país extranjero. Igualmente se requiere una disposición para el caso de que la CPI hubiera juzgado un hecho cometido en territorio paraguayo y posteriormente, en virtud del principio de complementariedad, el Paraguay pretendiera hacerlo.

El artículo 8 del CP amplía la aplicación de la ley penal a hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos de protección universal, como hechos punibles mediante explosivos, atentados al tráfico civil aéreo y naval, trata de personas, tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores y (de especial relevancia en materia de crímenes internacionales), el genocidio y los hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional vigente, esté obligada a perseguir aun cuando hayan sido realizados en el extranjero.

El artículo condiciona la aplicación de la ley penal paraguaya a que el autor haya ingresado al territorio nacional (inciso 2.º) y excluye la jurisdicción paraguaya cuando un tribunal extranjero haya absuelto al autor por sentencia firme, o lo haya

condenado a una pena o medida privativa de libertad y la condena haya sido ejecutada, prescripta o indultada (artículo 3.º). En este caso debería preverse también la exclusión de punición cuando la CPI hubiere dictado sentencia.

El artículo 9 del CP enumera otros hechos realizados en el extranjero a los cuales se aplicará la ley paraguaya, basado en el criterio de la nacionalidad del sujeto, condicionado a que: en el lugar de su realización, el hecho se halle penalmente sancionado (*principio de la doble incriminación*) y el autor, al tiempo de la realización del hecho, haya tenido la nacionalidad paraguaya (*principio de nacionalidad activa*), o la hubiera adquirido después de la realización del hecho (*nacionalidad impropia*), o careciendo de nacionalidad se encontrara en el territorio nacional y su extradición hubiera sido rechazada, a pesar de que ella, en virtud de la naturaleza del hecho, hubiera sido legalmente admisible (*principio de justicia supletoria*). Lo mismo se aplicará cuando en el lugar de la realización del hecho no exista poder punitivo. Rige igualmente lo relativo a la exclusión de la punición cuando se haya absuelto al autor por sentencia firme, o éste haya sido condenado a una pena o medida privativa de libertad y la condena haya sido ejecutada, prescrita o indultada (artículo 6 inciso 2 del CP). En estos supuestos se regulan, por un lado, la aplicación de la ley penal paraguaya a hechos ocurridos en el extranjero y, por otro, la admisión la legislación extranjera en el ámbito penal.

El inciso 3 del artículo 11 del CP consagra el principio de ubicuidad al determinar que la ley penal paraguaya es aplicable al partícipe de un hecho realizado en el extranjero cuando éste haya actuado en el territorio nacional, aun si el hecho careciera de sanción penal según el derecho vigente en el lugar en que fue realizado.

El artículo 37, numeral 2, en concordancia con la disposición del Código Penal, establece que los tribunales de la capital entenderán en los hechos punibles cometidos en territorio extranjero que hayan producido efectos en la República, y en los hechos cometidos en el extranjero que puedan ser sometidos a la jurisdicción penal en los casos previstos en el código penal o en leyes especiales.

El principio de jurisdicción universal rige en Paraguay expresamente para hechos de genocidio (artículo 8, inciso 1, numeral 6 del CP); los demás crímenes internacionales pueden estar comprendidos en la fórmula general del artículo 8, inciso 1, numeral 7, sobre hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional, esté obligada a perseguir aunque hayan sido realizados en el extranjero, siempre y cuando exista un tratado internacional que constriña a la persecución; esto

excluiría expresamente la persecución basada en el derecho consuetudinario, por lo que se aconseja incluir expresamente los crímenes de competencia de la CPI para los cuales regiría el principio, a los fines de dotar a la regulación de mayor certeza. Acorde con el texto legal, la jurisdicción universal no se encuentra limitada por el principio de personalidad; de este modo, cualquier crimen internacional que satisfaga las condiciones del artículo 8, inciso 1, numeral 7, cometido fuera del territorio nacional puede ser juzgado por tribunales paraguayos, siempre que el autor haya ingresado al territorio nacional.

La disposición del artículo 17.1 del Estatuto —“el Estado que tiene la jurisdicción”— entendemos que comprende tanto al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen (territorialidad), o cuyos nacionales están implicados (nacionalidad o personalidad), o que pueda, en virtud del principio de jurisdicción universal previsto en el texto legal, proceder a la persecución del crimen.

En cuanto a la exclusión de la ley penal paraguaya por hechos cometidos fuera de su territorio con base en el principio de jurisdicción universal, ésta debe referirse no solamente cuando la CPI hubiere dictado sentencia, sino también cuando ella se encuentre investigando, y en estos casos concordamos con la propuesta de que los tribunales paraguayos deben abstenerse de la persecución o cerrar las investigaciones cuando ésta las inicie con posterioridad. La abstención o el cierre de las investigaciones podría limitarse en caso de hechos cometidos en el extranjero por paraguayos. Para el juzgamiento de hechos cometidos fuera del territorio del Estado, en los que no están implicados los nacionales, es deseable que sea la CPI y no un tercer Estado quien tenga prioridad.

En cuanto a la obligación o discrecionalidad de persecución, en el derecho paraguayo rige el principio de legalidad, de obligación de la persecución de hechos punibles de acción pública, por el Ministerio Público (artículos 14, 15 y 18 del CPP). La excepción a la regla son los hechos de acción pública que dependen de la instancia de parte (artículos 14, párrafo 2.º, 16) y que están previstos en el CP o en leyes especiales, como coacción, amenaza, acoso sexual, etcétera, y los de acción privada.

Una observación se relaciona con la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad, prevista en los artículos 18 y 19 del CPP, a los crímenes internacionales en el caso de que el CP o las leyes permitan al tribunal prescindir de la pena (artículo 19, numeral 2), como sucedería en los hechos punibles realizados en territorio nacional y extranjero, cuando el autor haya sido juzgado, absuelto o condenado y la condena

haya sido ejecutada, prescrita o indultada (artículo 6, inciso 2, del CP). En estos casos corresponde una regulación que cierre definitivamente el proceso y no quede sujeta al criterio de oportunidad.

4. Conclusiones

Como hemos señalado, las disposiciones constitucionales no representan obstáculos graves para la implementación legal; no obstante, la reforma constitucional en algunos casos es recomendable (por ejemplo, para adaptar el principio *ne bis in idem* a las disposiciones del Estatuto).

La regulación paraguaya existente para juzgar crímenes internacionales no satisface ni se adecua a los estándares del Estatuto de Roma. Urge la modificación de la legislación, que debe abarcar el juzgamiento de crímenes internacionales, la cooperación y las reglas de asignación de competencias. En este sentido, creemos que la mejor opción es la implementación total, adaptada a las particularidades jurídicas nacionales, por ser la que más se ajusta al espíritu del Estatuto y al interés del Estado de mantener su jurisdicción.

De entre los modelos de implementación que posibilita la raíz continental-europea de nuestro ordenamiento jurídico, vinculada al principio de legalidad estricto, aparece como la más factible la regulación mediante ley especial, considerando sobre todo la realidad del Estado y las razones de practicidad, lo cual no descarta a su vez reformas en otros cuerpos legales. Las alternativas más cercanas para la revisión son la Comisión de Reforma Interinstitucional, recientemente creada por ley para la reforma penal, y la Comisión Interinstitucional para la implementación del Estatuto de Roma, que debe reflatarse y cuya integración debe modificarse con la participación de la sociedad civil.

Entendemos que la implementación más adecuada no es la literal, sino la que analice las opciones concretas de regulación y respete evolución histórica y los valores jurídicos fundamentales que hacen a su identidad, que evitará objeciones al orden interno y saneará incluso la falta de precisión de algunas disposiciones del Estatuto.

Actualmente las dificultades de implementación se trasladan no tanto al campo jurídico, sino más bien al plano político, de voluntad y de compromiso. En el ámbito gubernamental no se ha iniciado el proceso de análisis, porque los funcionarios con poder de decisión o influencia en una futura reforma no han tomado conciencia. Contribuye a esto la situación de inseguridad en la que vive actualmente el país, con alto índice de delincuencia y comisión de hechos punibles que producen alarma social —como el secuestro con resultado de muerte, que anteriormente era desconocido—, el descreimiento de las instituciones públicas, el desempleo, la situación económica y social, la implantación de bandas delictivas altamente entrenadas y preparadas, con participación extranjera, que consumen las energías de los distintos organismos del Estado que buscan alternativas de solución creíbles.

Insistimos, no obstante, en que los esfuerzos deben enfocarse hacia la difusión, la capacitación y el debate sobre la implementación. En este sentido, la experiencia ha señalado la importancia de realizar congresos y seminarios para buscar despertar la conciencia y el compromiso en el ámbito político, la sociedad civil y los círculos universitarios.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, pp. 25-31.
- Código Penal de la República del Paraguay. Ley n.º 1.160/97. Concordado con índice alfabético-temático*. Tomo I. Colección de Derecho Penal editada por la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1999.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la República del Paraguay*, n.º 31, diciembre de 2001, pp. 1-15.
- MONTANIA, Carmen, y Jorge ROLÓN: "Informe nacional Paraguay", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, IBC-CRIM e Instituto Max Planck, 2004, pp. 241-271.
- ROLÓN, Jorge, Carmen MONTANÍA et al.: *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legislativos, institucionales, participativos y plan de acción*, Asunción, 2004.

1 • Introducción

El Estado peruano suscribió el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional el 7 de diciembre de 2000 y, sin debate constitucional previo, manifestó su intención de hacerse parte del Estatuto el 13 de septiembre de 2001, mediante la resolución legislativa n.º 27 517¹ que depositó en las Naciones Unidas el 10 de noviembre del mismo año. Conforme al procedimiento previsto en el artículo 56 de la Constitución, el Estatuto fue ratificado por el presidente de la República mediante el decreto supremo n.º 079-2001-RE de 9 de octubre del 2001.

Han pasado más de tres años y no se ha culminado el proceso de implementación. De *lege lata*, el nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante el decreto legislativo n.º 957, publicado el 29 de julio de 2004 y cuya vigencia progresiva en el territorio de la república se iniciará el 1 de febrero de 2006, incorpora reglas especiales de cooperación con la Corte Penal Internacional.

En el plano del derecho penal sustantivo los avances se limitan a la aprobación del primer proyecto de adecuación de las reglas y delitos del Código Penal al Estatuto de Roma, a cargo de la llamada Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada mediante la ley n.º 27 837 de 4 de octubre de 2002, a la que compete la “adecuación

¹ Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 16 de septiembre de 2001.

de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Comisión cuyos trabajos se iniciaron en marzo de 2003.

De otro lado, el anunciado compromiso del Ministerio de Justicia de octubre de 2001, de desarrollar un proyecto de ley de implementación, carece de resultados visibles o conocidos. Por el contrario, la sucesión de ministros en ese sector, atendiendo principalmente problemas de la coyuntura política, ha terminado por diluir esta iniciativa.

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Como se adelantó, la ratificación del Estatuto de Roma no estuvo condicionada a la reforma de la Constitución de 1993. Por el contrario, los diversos informes elaborados en el ámbito de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y de las comisiones correspondientes del Congreso de la República pusieron de relieve la plena compatibilidad de la Carta Magna con el Estatuto.

Los proyectos de reforma constitucional de abril y agosto de 2002 tampoco se oponen a las normas del Estatuto de Roma y plantean más bien un conjunto de reglas compatibles con el moderno derecho penal internacional, entre ellas la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o la ineficacia de toda norma que persiga la amnistía, el indulto o el derecho de gracia frente a estos ilícitos. Estas iniciativas han merecido diferentes valoraciones, entre las cuales se defiende que no es competencia del texto constitucional establecer estas reglas de evidente y específico alcance penal, debiendo más bien derivarse tales decisiones al legislador ordinario. En ese contexto, las posibles reformas constitucionales sólo podrían ratificar la vigencia de las reglas del Estatuto.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del proceso de ratificación. Sin embargo, ha analizado la problemática de la cadena perpetua, pena que permite el artículo 77.1.b del Estatuto, en la sentencia de 3 de enero de 2003 sobre la inconstitucionalidad de los leyes contra el terrorismo, expe-

diente 0010-2002-AI/TC, donde el Tribunal consideró que la cadena perpetua es inconstitucional cuando no existen mecanismos legales que permitan al condenado recuperar su libertad, esto es, su reinserción social, como ordena el artículo 139.22 de la Constitución.

En esa línea de ideas, conforme al modelo de la revisión de la pena de reclusión a perpetuidad previsto en el artículo 110.3 del Estatuto, la sentencia del Tribunal exhortó al Congreso de la República a incorporar los mecanismos legales para que la cadena perpetua no sea una pena intemporal. Tal requerimiento no fue asumido por el Parlamento; mediante la ley n.º 27 913 el Congreso otorgó al Poder Ejecutivo facultades legislativas para adecuar la legislación nacional a la citada sentencia del Tribunal Constitucional, en cuyo marco se aprobó el decreto legislativo n.º 921 de 18 de enero de 2003 que regula el actual régimen de la cadena perpetua en el Perú.

La sentencia del Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

XI. LA CADENA PERPETUA Y LA REINCORPORACIÓN DEL PENADO A LA SOCIEDAD

121. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución.

122. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

123. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139.º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum*

de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

124. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

125. A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

126. La denominada “cadena perpetua”, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

127. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139.º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

128. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

129. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen

penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

130. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual —porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado—, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

131. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

132. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es

respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

133. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

134. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

135. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

136. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino,

donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.º 24 660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

137. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.²

El Tribunal Constitucional se ha referido al Estatuto de Roma en una segunda ocasión, en la reciente sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 2798-04-HC/TC, donde a propósito de una acción de hábeas corpus analiza los fundamentos de la desaparición forzada de personas desde la perspectiva del derecho penal internacional, y considera que se trata de un delito de lesa humanidad, como se aprecia en el artículo 7 incisos 1.i y 2.i del Estatuto de la Corte. Así, la sentencia establece:

El delito de desaparición forzada de personas

21. Uno de los delitos que son materia de imputación en los referidos procesos penales es el de desaparición forzada. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, en su capítulo II del título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323º, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N.º 25 474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N.º 25 592, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N.º 26 926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.

22. Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de

² El texto completo de la sentencia en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html>.

personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

23. La desaparición forzada de personas es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

24. En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

25. Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República.

26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

27. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N.º 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994. OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.).³

Con ello se tiene que hasta el momento no se han discutido en la jurisdicción constitucional aspectos de fondo sobre la constitucionalidad de la ratificación del Estatuto de Roma, y menos sobre el proceso de implementación aún en curso. Las referidas decisiones del Tribunal Constitucional no analizan problemas sustantivos como la adecuación del Estatuto a la garantía de certeza o el mandato de determinación que deriva del principio de legalidad, ni tampoco problemas procesales latentes como la adecuación del régimen de entrega de personas a la Constitución.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

En el Perú no se ha considerado la opción de proyectar un Código Penal Internacional o una ley especial que incorpore conjuntamente las reformas en materia penal, procesal, orgánica, etcétera.

³ El texto completo de la sentencia en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/2798-2004-HC.html>.

Como se detalla luego, la legislación peruana se orienta hacia una implementación total o plena de las reglas del Estatuto de Roma, es decir, más allá de las concretas obligaciones de criminalización (artículo 70.4 del ECPI) y de cooperación con la Corte (artículos 86 y 88 del ECPI). Por un lado, a través del nuevo Código Procesal Penal. Por otra parte se proyecta, en concordancia con el Estatuto, la incorporación o adaptación plena de las reglas de parte general y de los tipos penales dentro del Código Penal. Con ello se descarta la opción de implementar el derecho penal sustantivo a través de una ley especial o complementaria.

Se persigue, en suma, que los crímenes internacionales puedan ser prioritariamente perseguidos por el propio Estado peruano, limitándose la jurisdicción complementaria de la CPI.

2.2.1. Implementación procesal penal

Las reformas procesales fueron asumidas por la Comisión Especial de Alto Nivel del Ministerio Justicia, creada mediante el decreto supremo n.º 005-2003-JUS de 14 marzo de 2003, que elaboró el Proyecto de Código Procesal Penal de abril de 2004, promulgado con reformas menores en julio de 2004 a través del decreto legislativo n.º 957, como se ha indicado. La Comisión tuvo en cuenta la necesidad de satisfacer las obligaciones de implementar procedimientos eficaces que permitan la cooperación del Estado peruano con la Corte.

De este modo, en el libro VII, relativo a “La cooperación judicial internacional”, se incorpora una sección especial (sección VII) dedicada a la “Cooperación con la Corte Penal Internacional”, donde se desarrollan, además de las normas generales (título I), los procedimientos de detención y entrega de personas, y la detención provisional (título II). Luego, bajo el rótulo “De los demás actos de cooperación” (título III), se incorporan los procedimientos exigidos por el artículo 93 del Estatuto. Finalmente se desarrolla el régimen de la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional a nacionales peruanos (título IV).⁴

⁴ Véanse los artículos 554-566 del nuevo Código Procesal penal en <http://www.mpfj.gob.pe/especializados.php>.

2.2.2. *Implementación del derecho penal material*

2.2.2.1 Lineamientos generales para la criminalización de los delitos internacionales previstos en el Estatuto de Roma

La implementación en el ámbito del derecho penal material está a cargo de la citada Comisión Especial Revisora de Código Penal. No existen proyectos alternativos o paralelos.

La Comisión coincide en que la Constitución peruana de 1993 reconoce en el artículo 2, numeral 24, literal *D*, las garantías de certeza y norma penal previa como componentes del principio de legalidad que, en una perspectiva más general, también reconoce el Código Penal en el artículo II. En consecuencia, no es una opción la aplicación directa del derecho penal internacional en el derecho penal interno, como en África del Sur, o una transformación (ampliación) de los tipos penales nacionales mediante referencias al instrumento internacional, como sucede en Canadá y Nueva Zelanda.⁵

Así, *de lege lata*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto de Roma, en tanto norma ratificada por el Estado peruano, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma que forma parte del derecho interno. Es más, la evidente orientación del ECPI a la protección supranacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en clave sancionatoria, sumada al debate jurídico peruano en torno al rango constitucional o no de los tratados en materia de derechos humanos, a raíz de los artículos 2 y 3, y de la cuarta disposición final de la Ley Fundamental,⁶ se erigen como fundamentos del merecimiento y la necesidad de pena en el derecho penal internacional.

Si bien no se ha discutido la cuestión del rango legal o constitucional del ECPI en el derecho peruano, la fuerza normativa del Estatuto lo erige en fuente de obligatoria observancia para la interpretación del derecho interno⁷ y, desde luego, para su

⁵ Kai Ambos: "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, p. 26; véase también el cuadro B de la p. 31.

⁶ Fabián Novak y Elizabeth Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Lima: PUCP, 2000, pp. 123-124.

⁷ Marcial Rubio Correa: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 3, Lima: PUCP, 1999, pp. 153 ss.

adaptación o reforma conforme a las disposiciones internacionales. Así, pese a que el Estatuto de Roma no contiene específicas obligaciones de modificar el Código Penal o el Código de Justicia Militar para establecer tipos penales acordes con las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que tipifica el artículo 8 del Estatuto, el carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículos 1 y 17 del Estatuto) determina cuando menos una obligación fáctica de llevar adelante un proceso de revisión del derecho penal nacional para adaptarlo al estándar previsto en el Estatuto y darle vigencia conforme a las exigencias del principio de legalidad, pues de lo contrario la Corte Penal Internacional podría asumir competencia en cualquier caso concreto.⁸

No es por ello suficiente una aplicación de los tipos actualmente vigentes conforme al derecho internacional. Como se ha puesto de relieve en otra ocasión, “En la medida en que no se ve afectado el principio de legalidad las estipulaciones de los tratados o convenios internacionales [...] no es preciso que encuentren confirmación en una ley para su aplicación”.⁹ Con ello, la mera interpretación de los tipos actualmente en vigor, incluso los del derecho penal común, es compatible con la reserva de ley penal, pues no se trata de la aplicación inmediata de cláusulas incriminatorias previstas en el ordenamiento internacional, sino de fundamentar en términos de merecimiento de pena una interpretación de la norma interna conforme al derecho internacional vigente. Y es que “La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el ‘sentido literal posible’)”.¹⁰ Precisamente en esa perspectiva se inscribe la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2004, que fundamenta la gravedad del delito de desaparición forzada conforme al sentido del artículo 7 del ECPI.

Pero si la interpretación del derecho penal nacional conforme a las disposiciones internacionales no puede producir una ampliación de las prohibiciones penales, entonces la superación de los vacíos punitivos en el ordenamiento interno pasa necesariamente por una reforma legislativa. En ese orden de ideas, en cuanto a las opciones de implementación del Estatuto de Roma, la Comisión Especial Revisora apreció básicamente dos tendencias en aquellos sistemas del derecho comparado respetuosos

⁸ Ambos: o. cit., p. 25.

⁹ José Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general*, I, Madrid: Civitas, 5.º ed., 1996, p. 160.

¹⁰ Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: PPU, 5.º ed., 1998, p. 87.

del principio de legalidad: la adopción literal de las normas del Estatuto, como acontece en el modelo belga, o una codificación nueva, sea en la parte especial del Código Penal, como la mayoría de normas y proyectos latinoamericanos,¹¹ o en una ley especial,¹² como la *Gesetz zür Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, la ley alemana de introducción del Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002.¹³

En tal perspectiva, la Comisión Especial Revisora del Código Penal, conforme al planteamiento de la subcomisión respectiva,¹⁴ considera conveniente¹⁵ que las particulares reglas de parte general y los delitos internacionales se incorporen como libro III del Código Penal,¹⁶ bajo el rótulo “Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”. Dicho libro estará conformado, en concordancia con la propia sistemática del Estatuto de Roma, por cuatro títulos de “Disposiciones generales” (título I), “Delito de genocidio” (título II), “Delitos de lesa humanidad” (título III) y “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario” (título IV).¹⁷

2.2.2.2 Características del proyecto

El título I, aprobado en marzo de 2004, incorpora ocho disposiciones generales. El artículo I establece que el título preliminar y la parte general del Código Penal rigen también a los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con las excepciones previstas en el título, ratificando con ello el principio de supletoriedad general del Código Penal y especialidad de las reglas del derecho penal internacional incorporadas al derecho interno.

¹¹ Así por ejemplo, el título II de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” (artículos 135-164) de la Parte especial del CP colombiano de 2000.

¹² Ambos: o. cit., p. 26.

¹³ Publicada el 29 de junio de 2002 y vigente desde el 30 de ese mes.

¹⁴ Subcomisión encargada de la adecuación al Estatuto de Roma, integrada por los representantes del Ministerio Público (Dr. Mateo Castañeda Segovia), de la Defensoría del Pueblo (Dr. Yván Montoya Vivanco) y uno del Ministerio de Justicia (Dr. Fidel Rojas Vargas).

¹⁵ Adoptando una de las conclusiones del Taller I celebrado el 24 de abril de 2003 como parte del evento coorganizado por la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CONADIH) y la Maestría con mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el auspicio de la Delegación del CICR en el Perú. Las conclusiones de este y los otros talleres pueden verse en la sección de eventos de www.pucp.edu.pe/escgrad/penal.

¹⁶ Con ello, las faltas pasarían a conformar el Libro Cuarto.

¹⁷ Así lo expresan las comunicaciones de 15 y 29 de mayo de 2003 cursadas por el coordinador de la Subcomisión al presidente de la Comisión.

En cuanto a las reglas de imputación, se parte de la insuficiencia del dolo y la culpa para abarcar el llamado *elemento de intencionalidad* del artículo 30 del ECPI. En ese sentido, el artículo II del proyecto establece que, salvo disposición en contrario, serán sancionados como agentes de infracción dolosa aquellos que obren con conocimiento de que una consecuencia concreta referida a alguno de los delitos comprendidos en el presente libro se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Respecto a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el artículo III establece que el jefe militar, el superior civil o quien ejerza de hecho como tal debe ser reprimido con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometieren un delito descrito en el presente libro, siempre que: a) hubiere sabido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y b) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Se prevé una atenuación por debajo del mínimo previsto para el delito cometido en los supuestos en que, por razón de las circunstancias del momento, aquél hubiere debido saberlo y no hubiere adoptado las medidas previstas en el literal *b*.

La Comisión considera que la actuación bajo órdenes no puede conducir a una exención de responsabilidad penal. Por ello el artículo IV plantea que en los delitos de genocidio y de lesa humanidad no está exento de responsabilidad penal aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea militar o civil. Particular debate despertó el caso de los delitos contra el derecho internacional humanitario, considerándose sólo una atenuación de la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a) estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita, y c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

El artículo V del Proyecto establece que la acción penal y la pena no prescriben en estos delitos. Asimismo y en concordancia con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José y del Tribunal Constitucional peruano, se establece que en estos ilícitos no rigen la amnistía, el indulto ni el derecho de gracia. A su turno, el artículo VI ratifica el sentido de la llamada *jurisdicción universal*, y señala que respecto a los delitos contemplados en el presente libro la legislación penal

peruana rige incluso cuando éstos hayan sido cometidos en el extranjero o no tengan vinculación con el territorio nacional.

Aunque el artículo III del nuevo Código Procesal Penal garantiza el principio *de ne bis in idem* en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional 2050-2002-AA de 16 de abril de 2003,¹⁸ el artículo VII del Proyecto lo ratifica para estos delitos y respecto a la competencia de la CPI. Antes bien y en orden a restringir la competencia complementaria de la CPI, se excluyen las consecuencias del principio cuando el proceso interno: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la Corte Penal Internacional, o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Finalmente en cuanto a las disposiciones generales, y en concordancia con el sentido del artículo 25.1 del ECPI, el artículo VIII ratifica que la responsabilidad penal de las personas naturales no afecta la posible responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

El título II del proyecto, también aprobado en marzo de 2004, establece los tipos de genocidio (artículo IX) y provocación al genocidio (artículo X). El primero de ellos sanciona al que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal, realice algunos de siguientes actos: 1) matanza a miembros del grupo, 2) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, 3) sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial; 4) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; o 5) traslado forzado de menores de 12 años a otro grupo. Aunque la pena no ha sido aprobada por la Comisión, se ha propuesto establecer pena privativa de libertad no menor de 30 años en el supuesto del inciso 1.º y pena privativa de libertad no menor de 25 años en los supuestos de los incisos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º. Por su parte, el artículo X, acorde con el artículo 25.3.e del ECPI, persigue la sanción del que provoca de modo directo y público a una pluralidad de personas para la comisión del delito de genocidio, con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.

¹⁸ Dino Carlos Caro Coria: "El nuevo Código Procesal Penal: ¿eficacia o garantismo?", en *Código Procesal Penal*, Lima: Diké, 2005, pp. 16-19.

El título III, dedicado a los delitos de lesa humanidad, fue aprobado por la comisión entre septiembre de 2004 y enero de 2005. Contempla una marcada distinción frente a los tipos del ECPI en la medida en que no sólo tipifica los actos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, sino también cuando se producen fuera de dicho contexto, decisión adecuada si se toma en cuenta que el *Informe final* de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación presentado en agosto de 2003 detalló la comisión de graves delitos de tortura, desapariciones forzadas, etcétera, cometidos tanto por miembros de las fuerzas armadas como por las agrupaciones terroristas, sin que puedan calificarse como ataques sistemáticos y generalizados.

El proyecto añade a su vez un delito no contemplado expresamente en el ECPI; se trata de la ejecución extrajudicial, que ha merecido un tratamiento más frecuente en la literatura latinoamericana a partir de las consecuencias de las llamadas *doctrinas de seguridad nacional*. En efecto, el artículo XI sanciona al que infringiendo su deber de protección o garante de la vida mata a otro por motivos políticos, socioeconómicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, con pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 30 años.

El tipo de tortura del artículo XII sanciona al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva o con cualquier otro fin inflija a otra persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, quien será sancionado con pena privativa de libertad no menor de 6 años ni mayor de 12 años, fórmula que supera las deficiencias y restricciones del tipo actual del artículo 321 del CP. Similar sanción penal se prevé para el funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento y aquiescencia de aquel, que aplique métodos tendentes a menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental. Finalmente, se establece una circunstancia cualificante si como consecuencia del hecho se anula la personalidad de la víctima o se disminuye gravemente su capacidad física o mental, se produce lesión grave o muerte de la víctima como resultados previsibles por el agente, en cuyo caso la pena será no menor de 20 años ni mayor de 30 años.

Las deficiencias del tipo vigente de desaparición forzada de personas logran superarse con la redacción del artículo XIII del proyecto, que sanciona al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma prive a otro de su libertad, seguido de la negativa a informar

o guarde silencio sobre la detención, el destino o el paradero de esa persona, con la intención de dejarla fuera del amparo de la ley. Se plantea una sanción de pena privativa de libertad no menor de 15 años ni mayor de 25 años.

El artículo XIV, en concordancia directa con el ECPI, sanciona las ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas cometidas en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado. Se proyecta la sanción, con pena privativa de libertad de 20 a 35 años, del funcionario o servidor, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, o los miembros de grupos armados ilegales, que cometan los delitos de tortura, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, siempre que se hayan realizado en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático y estén dirigidos contra la población civil.

El ECPI prevé otros delitos de lesa humanidad que se cometen en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado, y que han sido desarrollados en el artículo XV del proyecto, el cual establece pena privativa de libertad de 20 a 35 años al que, en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil, cometa alguno de los actos siguientes: 1) *Exterminio*. Someta a una determinada población o parte de ella a condiciones de vida encaminadas a causar su destrucción física total o parcial. 2) *Esclavitud*. Realice actos que impliquen el ejercicio de los atributos de propiedad, o de alguno de ellos, sobre una persona. 3) *Persecución*. Prive de la libertad personal o lesione gravemente la integridad física o la salud al miembro de un grupo o colectividad por motivos político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso, de género u orientación sexual. 4) *Violencia sexual*. Viole, prostituya o esclavice sexualmente a una persona mediante violencia, grave amenaza o aprovechando un contexto de coacción, o se fuerce a una persona a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona, o prive de la capacidad de reproducción a una persona sin su consentimiento, u obligue a una mujer a abortar mediante violencia, intimidación o grave amenaza, o la mantenga confinada habiéndola embarazado por la fuerza con la intención de influir en la composición racial o étnica de una población. 5) *Deportación o traslado forzoso de población*. Deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión o cualquier otra medida coactiva sin motivos autorizados por el derecho internacional. 6) *Detenciones arbitrarias*. Prive de la libertad personal a una o más personas en violación de normas fundamentales de derecho internacional

Por último, en cuanto a los delitos de lesa humanidad, el artículo XVI desarrolla el delito de *apartheid* del artículo 7, incisos 1.j y 2.b, del ECPI, pero sin vincularlo directamente a la exigencia de ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Así, se sanciona al que con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnico sobre uno o más grupos raciales o étnicos comete alguno de los delitos de lesa humanidad. Se plantea establecer pena privativa de la libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años.

2.2.2.3 Actual debate sobre los delitos contra el derecho internacional humanitario

La Comisión Revisora del Código Penal ha iniciado en enero de 2005 el debate sobre el contenido del título IV, de “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario”, teniendo como base el proyecto elaborado en noviembre de 2003 por Caro Coria y Salmón Garate por encargo de la sección peruana del Comité Internacional de la Cruz Roja.

El Estatuto de Roma tipifica los crímenes de guerra en el artículo 8 a fin de reprimir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (literal *a*), las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (literal *b*), así como en los conflictos que no son de índole internacional (literales *c*, *d*, *e* y *f*). Pero estos ilícitos no merecen una desvaloración especial en el marco del Código Penal sino a partir de delitos comunes o del derecho penal normal, lo que otorga el marco para una represión sólo residual.

Sí han merecido una atención preliminar dentro del vigente Código de Justicia Militar, aprobado mediante el decreto ley n.º 23 214 de 26 de julio de 1980, en el título cuarto (“De la violación del derecho de gentes”) de la sección III (“De los delitos contra la seguridad y el honor de la nación”), especialmente en el artículo 95. Del mismo modo, cabe poner de relieve los delitos de “saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” del título séptimo de la sección IV, de “Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado”, sobre todo los artículos 138 y 139. Las penas para estas infracciones, en casos de especial gravedad, podrían alcanzar los 20 años de privación de libertad.

Similares lineamientos se mantienen en el proyecto de Código de Justicia Militar de julio de 2001,¹⁹ que tipifica la “violación el derecho de gentes” a partir del

¹⁹ Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano* de 1 de julio de 2001.

artículo 96, así como los delitos de “saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” en los artículos 150 y siguientes. Pero ni esta propuesta *de lege ferenda* ni la regulación vigente satisfacen plenamente las expectativas sancionadoras previstas en el ECPI. Por ese motivo, los actuales trabajos de reforma del Código de Justicia Militar, en el marco de las competencias de esta jurisdicción especial,²⁰ vienen considerando la ampliación de los tipos penales a fin de reprimir específicamente las violaciones e infracciones graves del derecho internacional humanitario; labor que en todo caso debería considerar los avances para la reforma del Código Penal en esta materia, a fin de complementar, en su caso, las reformas del derecho penal común.

Según el proyecto presentado por la CICR a la Comisión, es necesario tomar en cuenta el distinto fundamento de los delitos que prevé el Estatuto de Roma, lo que justifica un trato legal diferenciado entre los hechos de genocidio (artículo 6), de lesa humanidad (artículo 7) y de agresión (artículo 5.1.d), frente a los crímenes de guerra del artículo 8 del Estatuto. En ese contexto, la propia especificidad de infracciones graves como el genocidio o la agresión²¹ conlleva a la necesidad de diferenciar especialmente el ámbito de los delitos de lesa humanidad de aquellos que en general infringen el derecho internacional humanitario. Y como estos últimos, representan violaciones a las mínimas reglas de humanidad ante situaciones de conflicto armado, internacional o no internacional, lo que corresponde a un ámbito distinto del de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas fuera de estas situaciones de conflicto, esto es, en el marco de las relaciones, en tiempo de paz, entre los Estados y sus ciudadanos.²²

En esa medida se justifica que el Proyecto se refiera en general a *delitos contra el derecho internacional humanitario*, incorporando las violaciones más graves del DIH como conjunto normativo que, al margen de las necesidades de ventaja militar, establece normas mínimas de humanidad ante situaciones de conflicto armado, internacional o no internacional. Esto es, protegiendo por una parte a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades (derecho de Ginebra) y limitando, por otro lado, los métodos y medios empleados en las hostilidades (derecho de La Haya).²³

²⁰ Defensoría del Pueblo: *Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima: 2002, p. 67.

²¹ Aún carente de un contenido típico acorde con el derecho internacional vigente, como se advierte del artículo 5.2 del Estatuto de Roma.

²² Sobre esta distinción, Dietrich Schindler: “El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos”, en *RICR*, n.º 31, enero-febrero de 1979, pp. 14-15; John Dugard: “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores”, en *RICR*, n.º 147, septiembre de 1998, p. 484.

²³ Alicia Gil Gil: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 84.

Así, el proyecto estima que el especial fundamento de los delitos contra el *ius in bello* se expresa en su vinculación estricta a aquellas reglas del derecho internacional humanitario que, en una perspectiva amplia o general, pueden considerarse normas de *ius cogens*, conformantes del orden público internacional aun en tiempos de conflicto armado (*de guerra*) en el que no se prohíben las hostilidades sino el exceso. Se proscribe la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud —individual o colectiva—, el patrimonio —privado, público, histórico, artístico, etcétera—, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etcétera, en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes sólo depende de la vigencia de esas reglas mínimas que impone el derecho internacional humanitario.

Y es más, la vigencia de esas reglas por lo general sólo puede ser controlada *ex post* por terceros no involucrados directamente en las hostilidades, como en los casos de los diversos tribunales no nacionales constituidos para tales fines tras las hostilidades. Así, la persecución de los delitos contra el DIH dependerá de la actuación de los fueros nacionales y, por defecto, de la Corte Penal Internacional. Pero la vigencia de esas mínimas reglas, en una perspectiva *ex ante*, depende en esencia de la actuación de las partes enfrentadas, a las que puede entenderse que el derecho internacional humanitario, a través de sus normas de *ius cogens*, les impone un deber de garante, en el sentido no sólo de velar por la no realización desde su esfera de dominio de actos violatorios del DIH, sino además de promover activamente su vigencia y salvaguarda en todo contexto de hostilidades, implementando las medidas de control necesarias para limitar a lo estrictamente necesario los riesgos derivados de esas hostilidades.

Puede sostenerse por ello que para el derecho penal la vigencia del DIH configura un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, de carácter institucional que no se confunde ni equipara con los bienes jurídicos del derecho penal común (la vida, la integridad, etcétera) a los que sirven o complementan. Dicho de otro modo, la protección penal de las reglas previstas en el DIH se erige como un medio de tutela adelantada y al servicio de los bienes que se ponen en riesgo en un contexto de conflicto armado internacional o no internacional.

De esto se deduce que en general es posible que un mismo hecho puede realizar un tipo del derecho penal común previsto en el CP y un delito contra el

DIH, en cuyo caso serán de aplicación las reglas del concurso ideal de delitos (artículo 48 del CP) o unidad de hecho.²⁴ Esto, en diversos supuestos, implica por ejemplo la realización de conductas que crean un peligro general colectivo (uso de armas prohibidas de destrucción masiva) con verificación de resultados lesivos (muertes). Es posible además la concurrencia de diversos comportamientos y resultados subsumibles tanto en delitos comunes del CP como entre los delitos contra el DIH, en cuyo caso rigen las reglas del concurso real delitos del artículo 50 del CP. Estas consideraciones no son superfluas si se tiene en cuenta la regla de aspiración prevista en los artículos 48 y 50, y su proyección actual ante el debate parlamentario tras los proyectos de ley para establecer un sistema de mera suma de penas en el concurso real e ideal de infracciones.

Ahora bien, el proyecto no reproduce directamente los tipos penales ni la nomenclatura del Estatuto de Roma. Sobre esto último, no se considera conveniente acudir al rótulo “crímenes de guerra” del artículo 8 del Estatuto de Roma; la legislación peruana clasifica las infracciones penales entre delitos y faltas, a diferencia por ejemplo del CP francés de 1994, que mantiene la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones (artículo 111-1), o del CP alemán (StGB), que recurre a las categorías de crímenes y delitos (§ 12).

Asimismo, la referencia a la *guerra*, para describir el contexto de la comisión de estos ilícitos, podría favorecer *de facto* —mas no *de iure*— interpretaciones restrictivas entre los operadores nacionales, de modo que sólo se tomen en cuenta las situaciones de conflicto armado internacional, más aún si se recuerda que durante los años de lucha antiterrorista en el Perú se debatía si era aplicable el DIH tanto a las autoridades del Estado como a los levantados en armas.²⁵

Es más, puede entenderse que la comisión de delitos contra el derecho internacional humanitario es totalmente independiente o paralela a la comisión de delitos comunes que el Estado puede perseguir y sancionar en un contexto de conflicto armado no internacional. En el caso del terrorismo, que tipifica el decreto ley n.º 25 475, en la actualidad se considera que su tipificación debe incorporar como elemento de especial intención una fórmula que describa el elemento común de las agrupaciones terroristas: la finalidad de

²⁴ En el mismo sentido, la exposición de motivos del proyecto alemán de Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, véase A.III.

²⁵ Ernesto De la Jara Basombrío: *Memoria y batallas en nombre de los inocentes. Perú 1992-2001*, Lima: IDL, 2001, p. 121.

alterar el orden constitucional o la paz pública, como describen el artículo 571 del CP español o el artículo 270 *bis* del CP italiano.²⁶

En consecuencia, es perfectamente posible que en un conflicto armado no internacional los insurgentes o levantados en armas cometan graves delitos de terrorismo que sean a la vez violatorios del DIH, en cuyo caso podrán aplicarse las reglas concursales antes descritas.²⁷ De igual modo, en ese contexto, si los métodos estatales o paraestatales utilizados para controlar la insurrección violan el DIH, serán aplicables los delitos proyectados y, de ser el caso, otros delitos más bien comunes previstos en el CP.

Sobre estas bases, el proyecto sometido a debate adopta una de las tendencias más comunes en Latinoamérica: la incorporación de tipos específicos en la parte especial del Código Penal, pero con el excepcional matiz de establecer, como en el modelo alemán, una construcción propia de los supuestos típicos, tarea que demanda atender las exigencias mínimas del artículo 8 del Estatuto de Roma, y más porque sus disposiciones son producto de una ardua labor de síntesis del DIH previsto en los derechos de Ginebra y de La Haya principalmente.

De esta manera, y siguiendo en esencia el modelo de la *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, ley alemana de introducción del Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002, se tipifican violaciones contra el derecho internacional que han sido cometidas en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, atendándose a los tipos previstos en el Estatuto de Roma y otros preceptos internacionales cuya implementación es necesaria por vincular al Estado peruano, entre ellos los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I. Asimismo, de cara a su inminente ratificación, se ha considerado el Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de la Haya de 1954 sobre Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.²⁸

Como indica la exposición de motivos del proyecto que fundamentó la ley alemana antes citada, los preceptos penales exceden del ámbito comprendido en el

²⁶ En esa misma perspectiva se pronunció la STC 005-2001-AI/TC de 15 de noviembre de 2001, publicada el 17 de ese mes; véase el fundamento 2. De igual modo, el proyecto de modificación de la legislación antiterrorista de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de octubre de 2002.

²⁷ Véase *supra* 5.1, *in fine*.

²⁸ Este Protocolo ha sido remitido al Congreso de la República del Perú por el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Suprema N° 250-2003-RE de 10 de octubre de 2003, publicada el 12 de ese mes, a fin de completar, luego de su aprobación legislativa, el proceso de ratificación.

Estatuto de Roma únicamente allí donde éste se corresponde con el estado seguro del derecho internacional consuetudinario, tal y como se ha manifestado en la práctica estatal y en la consecuente convicción jurídica. De otro lado, y en una perspectiva de subsidiariedad, como no todas las prohibiciones de derecho internacional demandan una tutela penal en el derecho consuetudinario internacional, no todas las acciones derivadas de las hostilidades que están prohibidas según el DIH son simultáneamente punibles conforme a los delitos proyectados. Así pues, los delitos contra el DIH sólo trasladan el derecho internacional consuetudinario vigente en el ámbito del derecho penal al derecho penal interno, pero sin pretender limitar el desarrollo del derecho internacional humanitario.²⁹

Se atiende para ello a la práctica internacional de los Estados durante los conflictos armados, a las correspondientes manifestaciones de los Estados, especialmente como se expresan en los códigos militares, y a las declaraciones correspondientes generalmente aceptadas de los más importantes órganos de las organizaciones internacionales. Asimismo, se toman en consideración, los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, como fuentes que sintetizan el derecho consuetudinario.³⁰

Por lo demás, los tipos proyectados no adoptan los conceptos del Estatuto de Roma cuando tenían por función facilitar la preparación del Estatuto y ya no desempeñan un papel decisivo en su implementación en el derecho penal interno. Por ese motivo se renuncia a la distinción histórica que recoge el Estatuto entre las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra y las denominadas “otras graves violaciones”, puesto que carecen de relevancia en la construcción de los tipos nacionales.³¹

El mayor alejamiento de las disposiciones de Roma se advierte, como en el modelo alemán que lo sustenta, en la sistematización y ordenación de los supuestos típicos. La sistemática de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma obedece al desarrollo sustancial del derecho internacional humanitario, que a lo largo de décadas se ha caracterizado por la distinción entre la protección de las personas y del patrimonio, por un lado (derecho de Ginebra), y, por otra parte, por la limitación del empleo de determinados métodos y medios de conducción de la guerra (derecho de La Haya).

²⁹ Vid. las observaciones generales sobre la Sección Segunda del Proyecto.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

Pero de ello no se deduce una obligación o necesidad de trasposición al derecho penal nacional de esa forma de ordenación; es incluso conveniente por razones de claridad normativa, y en tanto se mantenga el núcleo de las prohibiciones internacionales penalmente relevantes, un desglose elemental entre los delitos contra las personas protegidas por el DIH (capítulo I), contra el patrimonio y otros derechos (capítulo II), contra operaciones humanitarias y emblemas (capítulo III), y delitos de empleo de métodos (capítulo IV) y medios prohibidos de conducción de hostilidades (capítulo V).

La Comisión Especial Revisora del Código Penal no tiene un plazo determinado para concluir la discusión y eventual aprobación de este proyecto, lo cual es, en estricto, un obstáculo para culminar la reformas del derecho penal sustantivo.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial

3.1. Regulación del Código Penal

El artículo 1 del CP regula el principio de territorialidad como regla general de la vigencia de la ley penal en el espacio. La norma incorpora asimismo el principio del pabellón. A fin de establecer el lugar de la comisión del delito, el artículo 5 adopta el principio de ubicuidad, de modo que “El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”, regla aplicable a los casos de crímenes internacionales.

En cuanto a las reglas de extraterritorialidad de la ley penal, el artículo 2 del CP las reconoce. Los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2 se fundan en el principio real de defensa o de protección de intereses, de modo que la ley aplicable se determina según la nacionalidad del bien jurídico vulnerado, en este caso por la afectación de los intereses del Estado peruano. El artículo 2.4 establece el principio de personalidad; se aplica la ley peruana a los delitos cometidos contra peruano (personalidad pasiva) o por peruano (personalidad activa) en el extranjero, inclusive en los casos de delitos graves como los crímenes internacionales. En tales supuestos deben concurrir tres

condiciones: a) la doble incriminación, es decir, que el acto se considere delictivo en ambos países; b) que el delito sea pasible de extradición, lo que excluye los denominados delitos políticos, y c) que el imputado haya ingresado al territorio de la República por cualquier motivo.

El artículo 2.5 del CP establece el principio de universalidad, a través de una remisión general y dinámica a los tratados internacionales que erigen la obligación de reprimir determinados delitos, independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Como se puso de relieve en el informe del 2003, dado que corresponde a una regla de extraterritorialidad, al principio universal se le otorga *carácter subsidiario*,³² tanto por razones teóricas como la “inconveniente renuncia a parcelas de jurisdicción” o la posible injerencia en la de otros Estados, y por razones prácticas, entre ellas que su aplicación efectiva dependería muchas veces del éxito de un proceso de extradición.³³

A diferencia de otros ordenamientos, el CP peruano no impone una regla de subsidiaridad en el sentido, por ejemplo, de que el hecho punible no haya motivado una persecución por parte de otro Estado. Tampoco existe una regla expresa que impida la persecución penal por el mismo contenido de injusto perseguido por la Corte Penal Internacional.

El artículo 4 del CP establece excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal. Tales excepciones se aplican incluso en los casos regidos por el principio de universalidad, frente por ejemplo a delitos políticos (numeral 2), entre los que no se incluyen los crímenes internacionales ni el terrorismo. En cuanto a los alcances del artículo 4.1, deben tenerse en cuenta las causas de extinción de la acción penal previstas. De éstas merece atención la de cosa juzgada: no podrá renovarse en Perú el juzgamiento por hechos realizados en el extranjero si existe sentencia firme, nacional o extranjera, condenatoria o absolutoria, por el mismo contenido de injusto. El último párrafo del artículo 4 del CP permite sin embargo revisar una condena extranjera si la pena no se ejecutó totalmente; en tal caso el condenado sólo puede aspirar a que se descuente la pena ejecutada del contenido de la nueva sanción, pero se discute aquí la posible violación del *ne bis in idem*.

³² José Hurtado Pozo: *Derecho penal. Parte general*, Lima: Eddili, 2.º ed., 1987, pp. 243-244.

³³ Defensoría del Pueblo: *Corte Penal Internacional*, Lima, 2001, pp. 32-33.

Finalmente, el artículo 3 del CP reconoce el principio de representación: puede aplicarse la ley peruana cuando se niega la entrega del agente a las autoridades extranjeras que solicitan su extradición, generalmente por hechos cometidos fuera del territorio peruano, en cuyo caso se estatuye otra regla de aplicación extraterritorial, también aplicable a supuestos de crímenes internacionales.

3.2. Alcances de la jurisdicción universal en el proyecto de la Comisión Especial Revisora del Código Penal

La Comisión aprobó el 29 de marzo de 2004 el texto del artículo VI del libro III proyectado de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario:

Artículo VI. Con respecto a los delitos contemplados en el presente libro, la legislación penal peruana rige incluso cuando los mismos hayan sido cometidos en el extranjero o no tenga vinculación con el territorio nacional.

Esta norma amplía el marco del principio universal previsto en el artículo 5 del CP, principalmente porque no exige que la obligación de persecución derive de tratados internacionales vinculantes para el Perú, siendo suficiente la propia incriminación que establecerá el futuro libro III. En otras palabras, el deber de persecución deriva también de una norma del derecho interno y no sólo del derecho internacional. Así sucede, por ejemplo, con el delito de ejecuciones extrajudiciales del artículo XI del proyecto, respecto del cual el Perú no tiene una obligación internacional específica de persecución.

Ahora bien, la persecución universal no carece de límites; rigen con carácter general las limitaciones previstas en el artículo 4 del CP, entre otros motivos, por la remisión prevista en el artículo I del proyecto. En ese sentido, el Estado peruano no puede iniciar una persecución por un hecho cometido en el extranjero que está prescrito o que ha motivado una absolución.

No se ha discutido en la Comisión el alcance específico del artículo 17.1 del ECPI, esto es, la delimitación de la competencia de la CPI frente a la de los Estados. Sin embargo, una exclusión o delimitación de competencias puede deducirse de la regulación del principio *de ne bis in idem* del artículo VII del proyecto, según el cual:

Artículo VII. En los delitos contenidos en el presente libro y respecto a la competencia de la Corte Penal Internacional, será de aplicación el principio *Ne Bis In Idem*.

Será inaplicable este principio cuando el proceso interno:

- a. Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la Corte Penal Internacional.
- b. No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Dada la jurisdicción universal, el principio de *ne bis in idem* parece eliminar toda forma de preeminencia a favor de la persecución a cargo de la CPI. Por el contrario, el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte debería favorecer en todo caso la persecución nacional, aunque ésta no haya sido iniciada o no esté a cargo del Estado del territorio en el que se cometió el hecho punible, sino a cargo de un “tercer Estado”. Así por ejemplo, ante la persecución a cargo del Estado peruano por un injusto cometido en el extranjero y perseguible conforme a la jurisdicción universal, la CPI no podría iniciar o continuar la persecución penal sino en los casos excepcionales previstos en el artículo 17.1 del ECPI, tanto por el carácter complementario de su competencia como por la proscripción de la persecución por el mismo contenido de injusto.

Con ello se tiene por resultado que la ampliación de la jurisdicción universal conforme al artículo VI del proyecto se orienta a restringir la competencia complementaria de la CPI, con lo que el sentido otorgado a la expresión “Estado que tiene la jurisdicción”, en el contexto del artículo 17.1 del ECPI, corresponde a cualquier Estado competente para perseguir el hecho, aun en aplicación de las reglas de extra-territorialidad como la jurisdicción universal.

4. Conclusiones

1. El Perú culminó el proceso de ratificación del ECPI en noviembre de 2001. En este proceso no se cuestionó la constitucionalidad de dicha ratificación. Tampoco existen cuestionamientos actuales de constitucionalidad. Por el contrario, los proyec-

tos de reforma constitucional en debate se orientan a consolidar las reglas y principios del Estatuto, mientras que el Tribunal Constitucional en dos ocasiones ha recurrido al Estatuto como fuente de interpretación del derecho penal nacional, perspectiva acorde con el principio de legalidad.

2. Pese a ello, a través del nuevo Código Procesal Penal de 2004 sólo se han aprobado los procedimientos de cooperación con la CPI. Sin embargo, hasta la fecha no se han concluido las reformas del derecho penal material, reforma que ha renunciado a la idea de un Código Penal Internacional o una ley especial o complementaria. En esa perspectiva, la Comisión Especial Revisora del Código Penal ha decidido realizar una tarea de implementación absoluta que pasa por incorporar los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH como libro III del CP vigente, estableciendo reglas de parte general y el catálogo de delitos de genocidio, de lesa humanidad y contra el DIH. De este modo se persigue restringir al máximo la competencia complementaria de la CPI.

3. No existen resistencias jurídicas relevantes que expliquen la no culminación de esta tarea. Tampoco se evidencian obstáculos fácticos o políticos trascendentes que bloqueen el proceso de implementación. Más allá de posibles valoraciones (muy generales) como la falta de interés político o la no percepción de este proceso como una tarea urgente o primordial, puede entenderse que la Comisión ha convertido el debate del libro III en una tarea sumamente académica cuyo plazo de culminación no existe, lo que es negativo frente a la necesidad de proteger eficazmente los bienes jurídicos del derecho penal internacional.

4. El artículo VI del proyecto de la Comisión amplía la jurisdicción universal, de modo que la obligación de persecución puede derivar tanto de una norma internacional como nacional. Con ello se agudiza el problema de delimitación de la competencia de la CPI frente a la de los Estados, problema que debe enfrentarse conforme a los principios de complementariedad y de *ne bis in idem* que expresamente prevé el artículo VII del proyecto. Con ello se tiene que la ampliación de la jurisdicción universal conforme al artículo VI del proyecto, restringe la competencia complementaria de la CPI, con lo que el sentido otorgado a la expresión “Estado que tiene la jurisdicción”, en el contexto del artículo 17.1 del ECPI, corresponde a cualquier Estado competente para perseguir el hecho, aun en aplicación de las reglas de extraterritorialidad como la jurisdicción universal.

1 • Introducción

A partir del Tratado de Roma, la comunidad internacional se ha comprometido a una protección efectiva de los bienes jurídicos más valiosos para toda la humanidad, a prevenir con mayor recelo lesiones a los derechos humanos, a poner fin a la impunidad y exigir la colaboración de los Estados en dicha tarea. Con la adhesión al Estatuto de Roma (en adelante, Estatuto) Uruguay se ha comprometido a colaborar con la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), no sólo en la lucha contra los crímenes cometidos por nacionales sino contra aquellos cometidos por extranjeros que pretendan utilizar el territorio nacional como refugio.¹ La constitución permanente de la CPI permitirá ejercer esa importante función de contralor del ejercicio de jurisdicción ante criminales que atenten contra los bienes jurídicos tipificados en el Estatuto, que no son otra cosa que derechos irrenunciables del hombre (vida, integridad física, salud, libertad, seguridad, medio ambiente, etcétera), pero además será portadora de seguridad jurídica² y gozará de legitimidad internacional,³ lo que la

* Agradezco a la Konrad-Adenauer-Stiftung, al Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Friburgo, a Ezequiel Malarino, Dardo Preza, José Luis González, Pedro Montano y Jorge Rivera.

¹ En ese sentido, por el hecho de constituirse en Estado parte del Estatuto, la República ha otorgado a la CPI una competencia de supervisión sobre la jurisdicción nacional que tiene —entre otros— el objetivo de evitar fraudes procesales (artículo 17).

² Como ha dicho Jescheck, cada vez que nos enfrentamos a un tema que involucre a la justicia supranacional aparecen los mismos problemas: la selección y definición de los hechos que han de ser sancionados, la relación entre jurisdicción penal estatal y la supraestatal, el grado de independencia de la corte y el órgano acusador respecto a los Estados y frente a otras posibilidades

convertirá en un arma supranacional para el combate de la impunidad.⁴ De este modo se evitará que la justicia internacional se convierta en una *justicie à la carte*.⁵ Éste es un hecho histórico incuestionable cuya importancia será valorada con el tiempo.⁶ Empero, en cuanto refiere a la República Oriental del Uruguay, tras la ratificación estatal el compromiso se incrementa hasta tanto no se produzca la implementación del texto del Estatuto en la legislación nacional.⁷ A partir de la adhesión y ratificación del Estatuto, cada Estado adquiere una obligación de cooperación con la CPI en la persecución de los crímenes y delitos allí tipificados, y a partir de la implementación cada Estado gozará de la potestad de ejercer su *ius puniendi* frente a los autores de tales conductas. De esta forma, la implementación permitirá a Uruguay el ejercicio de jurisdicción primaria contra los presuntos autores de crímenes y delitos competencia de la CPI, en cumplimiento del compromiso adquirido con la comunidad internacional.

de influencias externas, así como en definitiva la obligación de cooperación de los Estados, tanto en la entrega de los acusados como en la colaboración en la obtención de las pruebas". Véase Hans-Heinrich Jescheck: "Der Internationale Strafgerichtshof. Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut", en Bemann y Spinellis (eds.): *Strafrecht - Freiheit - Rechtsstaat. Festschrift für G. A. Mangakis*, Atenas: Sakkoulas, 1999, pp. 483 y s. Hay una versión castellana: "La Corte Penal Internacional. Antecedentes, proyectos", estatuto, trad. Johny Diego y revisión de Pedro Montano, *La Justicia Uruguaya*, tomo 124, doctrina 9, versión digital en www.lajusticiauruguay.com.uy.

³ Al fin y al cabo, uno de los objetivos del derecho internacional, y del Estatuto de Roma, es poner límites a cualquier tipo de imperialismo jurisdiccional derivado de una legislación de fuente autónoma. La competencia complementaria de la CPI evitará problemas en relación con la persecución de los delitos internacionales tipificados en el Estatuto. Por ello puede decirse que la comunidad internacional ha logrado una mayor justificación que proviene del hecho de que por primera vez, y a diferencia de Núremberg, Tokio, la ex Yugoslavia y Ruanda, la constitución de un órgano internacional encargado de administrar justicia penal es previa a los hechos que pueden ser de su competencia. Véase Hans-Heinrich Jescheck: "El Tribunal Penal Internacional", trad. Pifarré de Moner, *Revista Penal* 8, julio 2001, La Ley, pp. 54 s. Con anterioridad al Estatuto, los Tribunales Penales Internacionales sólo podían constituirse por un tratado internacional o por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y en ambas ocasiones con posterioridad a los hechos que deberían juzgar. Véase Kai Ambos: "Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente y un Código Penal Internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional", trad. Alicia Gil y Gustavo Bruzzone, *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, tomo II, Caracas, 1998, p. 3.

⁴ "La justice pénale internationale, par sa seule présence, insécure otus les pouvoirs du monde -les autocratiques comme les démocratiques- en leur signalant qu'ils ne seront jamais complètement quittes". Véase Antoine Garapon: *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, París: Odile Jacob, 2002, pp. 345 s.

⁵ Véase Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty: *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, París, Presses Universitaires de France, 2002, p. 255. Las críticas se dirigen contra los tribunales ad hoc, cuestionados por su carácter selectivo.

⁶ Véase Héctor Gros Espiell: "La entrada en vigor del Estatuto de Roma creando el Tribunal Penal Internacional", en *Tribuna del Abogado*, n.º 128, Montevideo, mayo-junio, 2002; "El Tribunal Permanente de Justicia Penal Internacional. Un punto de vista uruguayo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, n.º 15, Montevideo, 2002, p. 51.

⁷ De los Convenios de Ginebra de 1949 surge que los tratados internacionales que tipifican crímenes o delitos deben ser implementados en la ley de cada país. Vid G. I 48; G. II 50; G. III 129; G. IV 146: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves...").

El trabajo que se ofrece se refiere a posibles inconvenientes que pudieran surgir en el momento de la implementación, entre el Estatuto (como norma jurídica internacional) y el ordenamiento jurídico uruguayo.

1.1. La suscripción y ratificación del Estatuto

La República Oriental del Uruguay como Estado parte⁸ del Estatuto fundacional de la CPI y como nación históricamente comprometida con la legalidad internacional, suscribió el Estatuto de Roma el 19 de diciembre del 2000. A su vez, ha legislado en forma interna la aprobación de este instrumento a través de la ley 17 510 de fecha 27 de junio del 2002, que entró en vigor el 1 de julio siguiente.⁹

1.2. La implementación del Estatuto

En cumplimiento del artículo 3 de la ley 17 510, en enero de 2003 el Poder Ejecutivo de la época envió al Parlamento una propuesta legislativa con el nombre de “Proyecto de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, (en adelante, proyecto I).¹⁰ El proyecto I fue aprobado sin modificaciones y por unanimidad por la Cámara de Senadores, pero fue observado por la Cámara de Diputados y no cristalizó como ley. En marzo del 2005 se produjo un cambio de gobierno

⁸ La República Oriental del Uruguay en junio de 1998 fue uno de los 160 Estados participantes del Comité Preparatorio, y uno de los 120 Estados que lo aprobaron en primera instancia.

⁹ Esta ley contiene sólo tres artículos. En el primero se establece la aprobación del Estatuto; mientras que en los dos restantes, a modo de norma de interpretación, se refiere a la coordinación entre las disposiciones del Estatuto y el derecho interno. Aquí no se hace más que indicar qué parámetros pretende Uruguay utilizar para interpretar el contenido del Estatuto, y éstos son los que emanan de la Constitución uruguaya y del orden jurídico nacional. Por su parte, en el artículo tercero se establece que, en el marco de la cooperación internacional, existe la obligación del Poder Ejecutivo de enviar al Parlamento un proyecto de ley donde se establezca el procedimiento para la aplicación del Estatuto.

¹⁰ Dicho proyecto se estructura en un sector preliminar, dos partes, cinco títulos, tres capítulos y 23 artículos. El sector preliminar, en forma acertada, comprende definiciones de términos utilizados en el Estatuto para ser comprendidas y compatibilizadas con el ordenamiento nacional. La parte I contempla los crímenes, las penas y los principios generales; en tanto la parte II regula la cooperación con la CPI. En esta última, el título I identifica los órganos competentes y sus atribuciones; el título II refiere a la remisión de situaciones a la CPI y a la impugnación de la competencia o admisibilidad; el título III prevé la cooperación internacional y la asistencia judicial. Este último título contiene varios capítulos. En el capítulo 1 se establecen las disposiciones generales, el capítulo 2 regula la detención y entrega de personas a la CPI y el capítulo 3 contempla otras formas de asistencia. El título IV regula la ejecución de las sanciones adoptadas por la CPI. Por ende, el título V contiene una disposición final que vincula el texto del proyecto con la ley aprobatoria del Estatuto. Del análisis del proyecto I se desprende la voluntad del Uruguay de llevar a cabo una *implementación total del Estatuto*. Comisión de Derechos Humanos, carpeta n.º 179 de 2000, repartido 120, mayo de 2000. Véase al respecto José Luis González: “Informe sobre Uruguay”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung e Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, p. 496; Pablo Galain: *Revista Penal* n.º 14, julio 2004, Madrid: La Ley, pp. 247-251.

y, con éste, se presentó poco después un nuevo proyecto denominado “Anteproyecto de Ley. Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)” (en adelante proyecto II).¹¹ Si consideramos que el nuevo gobierno obedece a una orientación política distinta de la del anterior y que cuenta con mayoría parlamentaria, cabe esperar que la ley de implementación se base en el denominado proyecto II. Cualquiera de los dos proyectos implementa el Estatuto en una especie de Código Penal Internacional, de modo similar a como lo hizo en su oportunidad Alemania,¹² o, si se prefiere, se apegan al modelo de la codificación.¹³

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Problemas o dificultades al momento de la ratificación

Al momento de la ratificación (28.6.2002), el Poder Ejecutivo uruguayo pretendió interponer una declaración interpretativa¹⁴ cuyo objetivo final era la salvaguarda de la vigencia de las normas de caducidad sobre la pretensión punitiva del Estado, el régimen de los fueros políticos y ciertas facultades discrecionales de la administración (principio de reserva política), con respecto a cualquier controversia que pudiera suscitarse con las normas del Estatuto.¹⁵ Sin embargo, esta declaración

¹¹ Este proyecto cuenta con 77 artículos divididos en tres partes. En la primera se describen los principios generales, en la segunda se tipifican los crímenes y delitos de la CPI (títulos I a III) a los que se agregan determinados delitos denominados *especiales* (título IV) que se reenvían a la categoría de crímenes de lesa humanidad; mientras que en la tercera parte se regula la cooperación y asistencia con la CPI, determinando los procedimientos pertinentes (título II) y demás cuestiones operativas (títulos IV y V). Del análisis del proyecto II se puede concluir que se pretende una implementación total del Estatuto.

¹² Así opina Christoph Grammer: “El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Instituto Max Planck e IBCCRIM, 2005, p. 54.

¹³ Véase Kai Ambos: “Die Implementation des ISiGH-Status in Deutschland” (en español, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, traducción de Pablo Galain y Oliver Büchl que se publica en este volumen).

¹⁴ “Como Estado Parte del Estatuto de Roma, la República Oriental del Uruguay asegurará la aplicación del tratado en su jurisdicción, en la medida que sea compatible y de conformidad con sus normas constitucionales”.

¹⁵ Véase Raúl Cervini: “La jurisdicción penal internacional perspectiva del derecho penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º VI, Montevideo, 2004, p. 98.

de intenciones no fue bien recibida por algunos Estados parte, que la consideraron una especie de reserva, cuando cualquier pretensión modificativa del contenido del Estatuto está expresamente prohibida (artículo 120 del Estatuto). Por tanto, al no haber recibido la aceptación de las otras partes del Tratado, dicha declaración de intención referida a la forma en que Uruguay interpretará y aplicará el Estatuto —que pretendía salvaguardar determinadas normas del orden interno de posibles desconocimientos por parte de la CPI— no obtuvo validez internacional. Es decir, tal declaración interpretativa sólo tendría validez para el ámbito interno, y es sabido que, de producirse interpretaciones contradictorias entre un Estado y la CPI, según disponen el Estatuto¹⁶ y otros textos internacionales ratificados por Uruguay,¹⁷ prevalecerá la posición del órgano internacional.¹⁸ Con buen criterio, el Parlamento nacional desechó esta ley interpretativa para que no se pudiera convertir en una excusa para una improductiva persecución de los crímenes del Estatuto, y se decantó por una norma complementaria que establece que el Estatuto regirá dentro del marco del orden público internacional del país.¹⁹

¹⁶ Véase el artículo 20.3.a del Estatuto (cosa juzgada): “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte [...]”; el artículo 51.5 (reglas de procedimiento y prueba): “En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”; también artículo 119 (solución de controversias): “1. Las controversias relativas a las funciones de la Corte serán dirimidas por ella”.

¹⁷ Véase Report of the International Law Commission the General Assembly of the United Nations de 1950, que estableció los principios utilizados en los juicios de Núremberg como principios del Derecho Penal Internacional. La Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados dice en su artículo 20.3: “Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en el se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización”. Por su parte, el artículo 31.3 dice: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

¹⁸ En el Juicio de Núremberg se planteó el primer caso de colisión entre la norma internacional y el ordenamiento interno de un Estado. Según el artículo 4 de la Constitución de Weimar: “[...] any German statute or any norm similar to a statute took precedence over international law as transformed into national law”. Sin embargo, según el miembro norteamericano del Tribunal, Francis Biddle, la ley de un Estado no puede estar por encima de la ley internacional. De la misma opinión el fiscal de dicho juicio, Nicholas Doman, pues los autores de crímenes internacionales no pueden hacer valer las leyes internas a su favor. De esta forma, se estableció que *los crímenes contra la humanidad constituyen un crimen internacional preexistente que crea una obligación legal internacional en todos los estados de prohibir tal conducta, o por lo menos una obligación de no legalizarla*. Ante este principio que ha sido adoptado por la General Assembly of the United Nations de 1950, puede sostenerse que *estos delitos contenidos en una ley internacional tendrían supremacía frente a una disposición nacional cuando ambas coliden en atención a un crimen internacional*. Véase M. Cherif: Bassiouni: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haya, Londres y Boston: Kluwer Law International, 2.ª ed. revisada, 1999, p. 535.

¹⁹ El concepto de orden público internacional en Uruguay se ha convertido en una formulación de derecho positivo (“Declaración de la República Oriental del Uruguay, relativa al Alcance que le otorga al Orden Público”, CIDIP II, 1979). Allí se indicó que: “el Orden Público Internacional es observado como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el Orden Público interno de cada estado”. Con base en este concepto, “comporta una autorización excepcional a los distintos estados partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicable los preceptos de la ley extranjera cuando éstos

2.2. Problemas y posibles soluciones en el plano constitucional

La República Oriental del Uruguay es un Estado de derecho que puede definirse como una democracia constitucional, que consagra un sistema representativo basado en la forma republicana de gobierno. Se trata de un Estado sujeto a la regulación y el control legal, donde la Constitución se presenta como la norma básica y superior de todo el orden jurídico interno, cuyos mandamientos ninguna ley, acto administrativo o tratado internacional puede contradecir.²⁰

2.2.1. *Problemas o dificultades que deben considerarse al momento de la implementación en relación con la Constitución*

2.2.1.1. Naturaleza jurídica del Estatuto de Roma

No creo determinante para el caso uruguayo que, como cuestión previa a la implementación, deba discutirse sobre la naturaleza jurídica del Estatuto, esto es, si se trata de un instrumento de derechos humanos o de derecho penal internacional,²¹ en vista de que, según dispone el ordenamiento nacional, en ambos casos la norma internacional ingresaría con un nivel jerárquico inferior al texto constitucional. De todas formas, cabe decir que el Estatuto es una norma internacional que define crímenes contra los bienes jurídicos de mayor importancia para la humanidad (artículos 5 a 8) y delitos contra el ejercicio de la competencia jurisdiccional de la CPI (artículo 70) e impone las penas respectivas, que además de contener principios generales

ofendan en forma concreta grave y manifiesta; normas y principios en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica". Véase Cervini: o. cit, p. 80, nota 7. También se hace referencia al orden público en el artículo 25 del Tratado de Extradición con la República Argentina de 20-11-1996, ratificado por ley 17 225 publicada en el *Diario Oficial* el 24-17-2000. Artículo 25: "Excepcionalmente y en forma fundada, la Parte requerida podrá no aplicar alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el presente Tratado, cuando considere que su cumplimiento pudiera menoscabar sus principios de orden público".

²⁰ La Constitución uruguayo es escrita, codificada, extensa y rígida, ya que prevé un procedimiento diferente del de la sanción de las leyes ordinarias para su reforma y consagra la superlegalidad de ésta, conservando la potestad de declarar inconstitucionales por motivos de forma o fondo a las leyes y los actos de la administración. Véase José Korzeniak: *Primer Curso de Derecho Público. Derecho constitucional*, Montevideo: FCU, 2001; Ruben Correa Freitas: *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, Buenos Aires: BdeF, 1997; José A. Cagnoni: *El derecho constitucional uruguayo*, Montevideo: Universidad, 1992; Héctor Gros Espiell: *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo: FCU, 1991.

²¹ El derecho penal internacional está compuesto por la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan consecuencias de carácter penal (Triffterer). Es un sistema que vincula los conceptos de aplicabilidad universal de las normas (derecho internacional público) con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), "de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma [...] en ese sentido el derecho penal internacional es el sistema penal de la comunidad internacional". Véase Kai Ambos: *Nuevo derecho penal internacional*, México: Inacipe, 2002, p. 27.

ofrece precisas reglas de imputación, disposiciones para determinar la responsabilidad jurídico-penal individual y causas de exclusión de la pena.²² Todo ello indica que nos encontraríamos frente a un instrumento que va más allá de la protección de los derechos humanos (se ve la impronta del derecho humanitario en las modalidades del artículo 8), en todo caso de naturaleza mixta, ya que implementa y protege derechos humanos a la vez que se constituye como una ley penal internacional, que podemos considerar como el primer gran intento de codificación penal internacional.²³

Hechas estas primeras aclaraciones, considerando la naturaleza mixta del Estatuto y su ingreso al ordenamiento jurídico uruguayo con jerarquía de ley, podríamos preguntarnos entonces si puede el Estatuto como norma internacional de protección de derechos humanos y como norma de derecho penal internacional violar la Constitución uruguaya.²⁴ Al momento de implementar una norma mixta como el Estatuto

²² A su vez determina reglas y garantías de protección de los justiciables y respecto al modo de determinar y ejecutar las posibles penas. Véase Kai Ambos: "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional", en Ambos y Guerrero Peralta (eds.): *El Estatuto de Roma*, p. 114.

²³ En opinión de Weigend, el derecho penal se ha internacionalizado con la ambición de lograr una cierta uniformidad dogmática, que se traduzca en reglas que puedan ser aceptadas por la comunidad de Estados. Véase Thomas Weigend: "Zur Frage eines 'internationalen' Allgemeinen Teils", en Schünemann, Bottke, Achenbach, Affke y Rudolph (eds.): *Festschrift für Claus Roxin*, Múnich, 2001, pp. 1376 y 1379. En mi opinión, a partir del Estatuto todo lo atinente a la justicia universal y los derechos humanos deberá compaginarse entre el campo del derecho internacional público y el derecho penal (sin olvidar al derecho constitucional), ya que se trata de un instrumento de derecho penal internacional en el que se tipifican una serie de crímenes y delitos contra los derechos humanos, y donde además se especifican determinadas obligaciones de cooperación de los Estados parte con un órgano judicial internacional a la vez que se garantizan procesalmente los derechos del imputado que son compatibilizados con la eficiencia de la persecución. A su vez, al ser implementadas dichas normas deben ser compatibles con la Constitución (al menos en los sistemas que no aceptan la supraconstitucionalidad del tratado internacional), razones todas que no dejan dudas de que estamos en un ámbito que atañe a internacional-publicistas y constitucionalistas tanto como a penalistas y procesal-penalistas. Este hecho de la internacionalización de los principios que inspiran al derecho penal, la desvaloración de comportamientos que atentan contra valores comunes de la humanidad, las reglas de imputación y de ejecución de la pena, sumado a las reglas de cooperación con un órgano judicial internacional, indica que se trata de un ámbito jurídico sobre el que los penalistas y procesal-penalistas tienen mucho por hacer. Véase por todos la obra pionera de Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002; hay una versión abreviada y actualizada en español: *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

²⁴ Debemos actuar con cautela y sin demasiada euforia, con mucho cuidado al momento de la implementación para no pensar que nos encontramos exclusivamente en el área de protección de los derechos humanos —dentro de una política criminal de combate a la impunidad de determinados delincuentes— desconociendo todas las garantías y principios que inspiran al derecho penal, y que no pueden ser traspasados convirtiendo delitos comunes en crímenes contra la humanidad sin que cumplan las condiciones requeridas para dotarlos de tal naturaleza (artículos 23, 24, 25 del proyecto II), con el único objetivo de acentuar la prevención en los agentes del Estado como si de un "enemigo" se tratara (por constituir, aun en un Estado de derecho, una fuente de peligro contra los derechos humanos), fundamentar los fines de la pena en la pura retribución sin injerencia resocializadora o de prevención general positiva, o a través de la creación de tipos penales imprecisos que podrían lesionar el principio de legalidad (artículo 29 del proyecto II). El artículo 29 del proyecto II (apología de hechos pasados) debe ser reformulado, pues dice: "El que hiciere, públicamente, la apología de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la presente ley que hubieran calificado como crímenes o delitos de haber estado vigente la misma, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión". Si bien un tipo de delito similar ya existe en el derecho comparado (artículo 510 del Código Penal español, § 130.3 del Código Penal alemán), éstos no son considerados crímenes contra la humanidad, sino que se trata de delitos comunes de los respectivos códigos penales. Pero amén de esto, y rechazando su consideración como crímenes de lesa humanidad, también por

(con rango de ley), debería tenerse en cuenta que, si bien ningún instrumento internacional que protege derechos humanos puede violar la Constitución uruguaya (como norma de mayor jerarquía),²⁵ en tanto ésta parte de la base de que los derechos pertenecen a la persona y no son una creación del constituyente o del legislador (nacional o internacional), en todo caso sí podrían las disposiciones de naturaleza punitiva (material y formal) estar en contradicción con la Carta Magna. Aunque en el campo de la protección de los derechos humanos “lo que abunda no daña”, toda vez que la norma internacional tipifica crímenes y delitos a los que corresponden penas que pueden ser perpetuas, cuando algún tipo objetivo puede ser demasiado laxo según el parámetro de la legalidad y cuando prohíbe determinadas exenciones de responsabilidad, inmunidades o formas de extinguir el mal hecho que puedan ser contrarias a los designios de la propia Constitución, se plantea el inconveniente de una posible colisión entre estas dos normas, una de carácter interno y la otra internacional, que debe ser resuelto con la implementación, para que dichas contradicciones no se trasladen al momento de conformar un mismo orden jurídico.

2.2.1.2. El problema de la protección constitucional de los derechos humanos

Los derechos humanos tienen vigencia y aplicación permanente, y cumplen la función de protección de las personas en aspectos civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales. Por ello la Constitución uruguaya deja bien en claro que éstos son inherentes a la persona humana y que el legislador, el constituyente o el

razones de certeza debería redactarse el tipo objetivo de forma más precisa destacando —sin mayores vericuetos— que los hechos que se castigarán a partir de la vigencia de la ley son los que estarán tipificados en ella; de lo contrario, parecería que se persigue una vulneración del principio de irretroactividad que sería inaceptable. Se opone a la imprescriptibilidad de los crímenes y delitos con base en principios del derecho penal liberal José Luis Guzmán Dálbora: “Crímenes internacionales y prescripción”, en *Temas actuales del derecho penal internacional*, o. cit, pp. 109, 111 y 115; a favor (incluso por razones de no agotar la posibilidad de reparación civil de las víctimas), Eugenio Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2000-B, Buenos Aires: Del Puerto, 2001, pp. 442 ss.

²⁵ Las normas constitucionales y legales tienen la obligación de proteger el goce de los derechos que son inherentes a la persona, y, “si bien la Constitución no previó un sistema internacional de defensa de los derechos humanos, ello no significa que un sistema tal sea inconstitucional, ya que se trataría simplemente de organizar junto al orden jurídico interno, una protección y defensa. La coexistencia de dos órdenes, de dos sistemas de protección de los derechos humanos: el interno y el internacional, no puede lesionar ni violar la Constitución Uruguaya”. Véase *Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile*, Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1959, pp. 25 y s; cit, por Héctor Gros Espiell: “Los derechos humanos en la Constitución uruguaya y su protección internacional”, en A. Durán Martínez (comp.): *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo: Amalio Fernández, 2000, p. 331 y s.

Estado no hacen más que reconocerlos, declararlos, promoverlos y protegerlos, pues los derechos pertenecen a las personas que habitan bajo jurisdicción uruguaya.²⁶ Los derechos humanos son protegidos tanto por el orden jurídico interno como por el derecho internacional (especialmente de posibles abusos cometidos por funcionarios estatales), y ocurre con frecuencia que ambas esferas de protección se entremezclan, formando parte de un orden jurídico común.²⁷ Cuando esto sucede, por una cuestión de seguridad jurídica, debe decidirse cuál de los dos órdenes jurídicos tiene supremacía. En el caso uruguayo, la Constitución no se pronuncia al respecto, mientras que la doctrina y la jurisprudencia entienden que los tratados internacionales tienen jerarquía de ley, por lo que prevalece aquella que haya sido adoptada con posterioridad, sin importar que provenga del orden nacional o internacional.²⁸ Sin embargo, hay situaciones interpretativas en las que la norma internacional puede tener la misma jerarquía o incluso una jerarquía mayor que la Constitución.²⁹ En ese sentido —a modo de ejemplo— puede mencionarse el artículo 7 de la norma constitucional uruguaya, cuyo alcance ha sido limitado en el plano teórico según parámetros del derecho internacional.

El derecho internacional ha influido en la interpretación del texto constitucional, y en ese sentido ha servido para impedir una práctica ilegítima, que sin embargo podría ser deducida de una interpretación piedeletrista del texto constitucional uru-

²⁶ Véase Adolfo Gelsi Bidart: *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo: FCU, 1987, p. 121; Gros Espiell: o. cit., p. 319; Gastón Chaves: "El derecho constitucional y el derecho penal", en Dardo Preza: *Estudios de la parte especial del derecho penal uruguayo*, tomo II, Montevideo: Ingranussi, 2000, pp. 137 s.

²⁷ En realidad existe una pluralidad de órdenes jurídicos internos y un orden jurídico internacional, todos con competencia y validez propia, pero que generan derechos, deberes y obligaciones que deben coordinarse en un orden jurídico común. Véase Jean Michel Arrighi: "Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos", en Eduardo Jiménez de Aréchaga (dir.): *Derecho internacional público*, Montevideo: FCU, 1993, p. 327.

²⁸ Véase por todos Eduardo Jiménez de Aréchaga: *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, Montevideo: FCU, 1988, p. 31; y sentencia de la Suprema Corte de Justicia en *La Justicia Uruguaya*, tomo 102, caso 11.631, pp. 111 y s; citada por Ruben Correa Freitas: "La primacía del derecho comunitario sobre la Constitución de los Estados miembros", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 111, doctrina 14, versión digital en <http://online.lajusticiauruguayo.com.uy>.

²⁹ Esta posición parece ser a la que adhiere un sector de la doctrina uruguaya, diferenciando entre una posición seguida por la doctrina internacionalista, que reconoce un orden público internacional superior a la Constitución, y otra seguida por penalistas que no acepta un orden jurídico superior a la Carta Magna. Véase Manuel Vieira y Carlos García Antolaguirre: *Extradición*, Montevideo: FCU, 2001, p. 54. En mi opinión, por más que exista un orden público internacional y un orden público interno, ningún Estado podría obligarse internacionalmente en forma contraria a su Constitución u orden interno, como tampoco debería convenir internacionalmente para luego sostener que lo convenido no puede ser cumplido por contrariar el ordenamiento interno, porque, más allá de disputas entre distintas ramas del derecho o doctrinas interpretativas, se trata de no comprometer al Estado en situaciones que lo harán pasible de responsabilidad internacional. Y para ello, salvo que se reconozca la supraconstitucionalidad del tratado internacional, cualquier obligación internacional debe ajustarse a la Constitución nacional; de lo contrario no debería ser aceptada, o debería ser asumida con reservas, o en última instancia dicho tratado debería ser oportunamente denunciado.

guayo.³⁰ Dicha norma no es muy clara, lo que obliga a ser muy cautelosos al diferenciar entre privación del goce de un derecho y privación del derecho en sí mismo a través de una ley, ya que es muy peligroso interpretar que también por razones de interés general los derechos del hombre pudieran ser excluidos o limitados.³¹ Aquí nos encontramos con una situación en la que el derecho internacional que ha sido reconocido por el Uruguay no permitiría el menoscabo de los derechos humanos, limitando el alcance de una norma constitucional que admitiera tal posibilidad (artículos 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Y en este caso se ve con claridad cómo una norma internacional que ingresa al ordenamiento nacional con rango legislativo podría llegar a gozar de igual jerarquía que el texto constitucional, al punto de limitar o evitar una aplicación indebida de éste.³² Tal reconocimiento supralegal de la norma generada en el orden internacional mancillaría la posición mayoritaria que en Uruguay todavía impera sobre la jerarquía legal de los tratados internacionales en el orden nacional. Como puede verse, éste es un punto oscuro del sistema jurídico uruguayo, aferrado a una concepción dualista que parte de la idea de que el *orden jurídico*

³⁰ El artículo 7 de la Constitución (“Derechos, deberes y garantías”) establece que una ley formalmente aprobada puede limitar o reglamentar el goce de los derechos constitucionalmente enunciados (vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad), siempre que existan razones de interés general que así lo permitan. Téngase en cuenta que se trata de limitar o reglamentar el goce de estos derechos pero no de eliminarlos, pues, el artículo 7 indica que nadie puede ser privado de ellos aunque pudieran ser restringidos por razones de interés general.

³¹ Uruguay ha vivido en época reciente el autoritarismo y la represión desmedida, jurídicamente resueltas con el dictado de “medidas prontas de seguridad” de duración ilimitada —cuando el artículo 168.17 de la Constitución las limita temporalmente— por las que se mantenía a determinados individuos privados de libertad en forma administrativa (no judicial) y carecía incluso de valor el recurso de hábeas corpus. En dicho momento ningún interés general podría haber legitimado los abusos contra los derechos humanos y la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos en el período entre 1973 y 1985 (aunque cabe mencionar que dichas medidas fueron utilizadas en forma reiterada y abusiva por el presidente democrático Jorge Pacheco Areco a partir de 1968 y posteriormente en 1973 por el presidente democrático [que puso fin al Estado de derecho] Juan María Bordaberry, sin limitarlas a un máximo de tiempo). Véase sobre el tema Miguel Semino: “El control de las medidas prontas de seguridad”, en *Revista de Derecho Público*, vol. I, n.º 1, Montevideo, 1972, pp. 38 ss. Por ese motivo el Uruguay solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-9-87, de 6 de octubre de 1987, relacionada con las garantías judiciales en estados de emergencia). Sin entrar a considerar el contenido de dicha consulta, me atrevo a sostener que la cuestión de las garantías judiciales suspendidas en períodos dictatoriales del Cono Sur violatorios de los derechos humanos han escapado a la jurisdicción nacional sencillamente por el hecho de haber lesionado derechos que son protegidos universalmente a través del principio de justicia universal. De allí la importancia de no erradicar de los sistemas jurídicos nacionales dicha posibilidad de ejercicio de competencia universal, aunque existiendo una CPI tal jurisdicción debería cederse o limitarse toda vez que dicho órgano asuma o pretenda asumir competencia en el caso concreto.

³² Como dice Gros Espiell: “El aporte que, en tal sentido, hace el Derecho Internacional al Derecho Interno uruguayo es, en consecuencia, importante y positivo. En efecto, ya no se podrá sostener -por mandato del Derecho Internacional vigente y aplicable en el Uruguay-, que la ley es apta para privar a una persona de sus derechos a la vida, al honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad. La Ley sólo puede, en determinados supuestos y con el cumplimiento de estrictas condiciones, limitar el ejercicio de estos derechos” (o. cit., pp. 325 y 342 s.). Sobre este punto también Pablo Galain: “Eutanasia”, en *Revista Penal*, n.º 16, Madrid: La Ley, julio 2005.

nacional y el *internacional* son intrínsecamente distintos e independientes, la que potencia evasiones nacionales al cumplimiento de los tratados internacionales y favorece posibles lesiones de los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, que —en mi opinión— debería ser resuelto a favor del reconocimiento definitivo del rango constitucional para aquellos instrumentos internacionales que protejan derechos humanos.³³

2.2.1.3. El problema de la implementación y la jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno. La necesidad de reformar la Constitución

Lo que acabo de decir me obliga a explicar con mayor detalle desde cuándo y con qué nivel de jerarquía ingresan las normas internacionales en el ordenamiento nacional. Según opina parte de la doctrina uruguaya, el derecho internacional que nace de convenciones bilaterales o multilaterales suscritas por Uruguay que refieran a los derechos humanos y que hayan cumplido con los requisitos constitucionales de aprobación parlamentaria³⁴ tiene aplicación directa e inmediata en el ordenamiento nacional,³⁵ sin que sea necesario ningún tipo de implementación para su incorporación como ley nacional, siempre y cuando la propia norma internacional así lo exija.³⁶

³³ De esta forma se evitarían contrariedades entre el órgano de mayor jerarquía jurídica en el ordenamiento nacional y determinadas leyes que, si bien son consideradas de inferior rango, podrían limitar la norma constitucional o el tratado internacional aprobado y ratificado en materia de protección de los derechos humanos. Respecto a la doctrina que sigue Uruguay de la *equiparación legislativa*, se ha dicho que, si bien era “otrotra casi inexpugnable, resulta ahora prácticamente inaceptada por la deslegitimación axiológica que ha sufrido, al autorizar, oblicuamente, múltiples evasiones al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por un Estado”. Véase Néstor Sagüés: “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, al derecho interno”, en *Presente y futuro de los derechos humanos*, o. cit., p. 314.

³⁴ Dice la Constitución (artículos 85.7 y 168.20) que corresponde al Poder Legislativo aprobar la ratificación de los tratados internacionales, mientras que el Poder Ejecutivo es el encargado de negociar la redacción del texto, su autenticación y ratificación (artículo 168.20).

³⁵ Para ello habría que definir si la aprobación que realiza el Parlamento puede asimilarse jurídicamente a una ley (es decir, si cumple con los mismos efectos), y esto, según mi opinión, debe realizarse desde un punto de vista teleológico antes que formal o exegético, considerando que la ratificación de los tratados sigue un camino distinto del de la sanción de una ley. De allí que, una vez realizado el canje de ratificaciones, el tratado comienza a generar obligaciones, lo que puede ser asimilado a las formalidades requeridas para sancionar una ley (artículos 133 a 146 de la Constitución). De otra forma estaríamos aceptando una contradicción de base que puede generar responsabilidad internacional, ya que a partir de la aprobación parlamentaria el Estado se obligaría internacionalmente sin que dicha obligación fuera exigible internamente. Desde un punto de vista teleológico la aprobación parlamentaria es la recepción del tratado internacional, su aceptación en el orden interno que no puede desconocer sus efectos por un juez nacional. Si tomamos el caso de la ley 17 510, de enero del 2003, allí el artículo 3 comprometería específicamente al Poder Ejecutivo al envío de un proyecto de ley de implementación, pues el tratado ya vigente para Uruguay requería de modificaciones y especificaciones en el orden penal material y procesal.

³⁶ En ese sentido las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y garantías judiciales en el proceso civil y penal que serían autoejecutables (*self executing*). Véase R. Landeira, M. Langón y B. Scapusio: “El sistema procesal penal uruguayo y la necesidad de su reforma en vistas al Mercosur”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, 1991, p. 463;

Sin embargo, la doctrina no es unánime cuando se trata de aplicar directamente en el orden interno tratados internacionales que crean figuras penales, aunque la República se haya adherido y los haya ratificado mediante ley nacional; en tal caso es exigible una ley especial al respecto.³⁷ El ordenamiento jurídico uruguayo se basa en el prin-

Gros Espiell: o. cit., p. 343; José Gamio: "Temas fundamentales de derecho internacional en Sentencia de la Corte Internacional de Justicia: Caso Nicaragua", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXI, julio-diciembre 1990, n.º 3 y 4, p. 130.

³⁷ Consciente de esta vieja discusión doctrinaria, el ex ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (cargo desempeñado en los dos últimos períodos de gobierno por el Dr. Didier Operti, presidente de la Delegación Uruguaya en las negociaciones y creación del Tratado de Roma), reunido con los integrantes de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Diputados, en sesión del día 7 de setiembre de 2004, expresó: "Creo que mediante esta ley el Uruguay estará en condiciones de prestar, o no, cooperación a la Corte, según la normativa jurídica aplicable. Sin la ley, tendremos un vacío legal que en algunos casos podrá hasta impedir la efectiva aplicación del Estatuto. Es fundamental entender que esta no es simplemente una ley de reglamentación sino que es una ley de aplicación; sin la ley, no resultaría posible *stricto sensu* la aplicación del Estatuto" (véase "Declaración del Dr. Didier Operti", en *Actas del Parlamento uruguayo*, disponible en www.parlamento.gub.uy). En mi opinión, las palabras del ministro de Relaciones Exteriores pueden llamar a confusión, por lo que convendría matizar dicha declaración. *Primer punto*: Con la ratificación del Estatuto Uruguay ya se ha comprometido a colaborar con la CPI, y la implementación es una cuestión de orden interno, de vacío legal que no atañe al deber principal de colaboración. El artículo 126 del Estatuto es claro en cuanto a la entrada en vigor de éste, y desde ese momento Uruguay no podría negarse a colaborar con la CPI basándose en el argumento de que no ha implementado el Estatuto con una ley interna, y que según la doctrina mayoritaria uruguaya el vacío legal nacional impide la colaboración con la CPI (principio internacional de *pacta sunt servanda*, véanse en especial los artículos 86 y 88 del Estatuto). Surge del texto del Estatuto que su ratificación obliga expresamente a los Estados: 1) a tipificar los delitos contra la Administración de Justicia de la CPI (artículo 70.4); y 2) a cooperar con la CPI (artículos 86 y 88). En ese sentido, el proyecto II va más allá de las obligaciones que impone el Estatuto y adopta como principio general el deber de persecución de los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto. Pues bien, con respecto a la obligación asumida por Uruguay desde la ratificación, los únicos motivos que podría argumentar la república para no cumplir con la obligación de cooperación tendrían relación con fundadas razones de peligro para la seguridad nacional (véanse artículos 72 del Estatuto, Néstor, 21.6 del proyecto I y 45 del proyecto II). En los demás casos, la República ha adquirido un compromiso internacional al que no puede renunciar, pues en definitiva, la demora injustificada en la implementación del Estatuto es una cuestión de inoperancia o falta de voluntad política, que en el peor de los casos puede habilitar la jurisdicción complementaria de la CPI, interpretando la falta de colaboración como fundamento habilitador (artículo 17 del Estatuto). La implementación del Estatuto no es requisito *sine qua non* para que un Estado tenga que colaborar con la CPI cuando ésta lo reclame (lamentablemente, la doctrina internacional no ha definido correctamente el alcance de la obligación de cooperación de los Estados. Véanse G. Garzón Clariana: "Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, 1, p. 52; P. Fernández Sánchez: "Soberanía del Estado y derecho internacional en situaciones de emergencia humanitaria", en *III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Sevilla: Cruz Roja Española y Universidad de Sevilla, 1995, p. 34; ambos citados por Casilda Rueda: *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 95). La obligación nace con la ratificación del Estatuto, pues es dicho texto normativo nacional el que exige al propio Estado la implementación de las condiciones necesarias, sea para colaborar con la CPI en la persecución de determinadas conductas delictivas, como para ejercer jurisdicción propia sobre éstas. Así las cosas, es el propio Estado el que se obliga a implementar internamente el tratado al momento de la ratificación, pues dicha obligación no se prevé expresamente en el Estatuto. *Segundo punto*: resuelta la primera cuestión, y habiendo obligación de colaborar con la CPI, corresponde analizar si con la ratificación del Estatuto, ergo, con una ley que declare su vigencia para el ordenamiento jurídico uruguayo (ley 15 710) el Uruguay ya puede ejercer jurisdicción propia o se requiere de una ley específica que proceda a la implementación. Esto nos conduciría a la consabida discusión sobre la naturaleza *self* o *non executing* de los instrumentos internacionales que aquí es imposible abordar. De todas formas, es preciso indicar que, aun cuando no se hubiere implementado el Estatuto, cualquier juez uruguayo podría ejercer jurisdicción por delitos comunes, aquellos que están tipificados en el ordenamiento nacional; *sin embargo, según dispone el artículo 20 del Estatuto, esto no obsta a que la CPI pueda ejercer jurisdicción sobre la misma persona por los mismos hechos sin violar el principio ne bis in idem por cualquiera de los crímenes tipificados en los artículos 5, 6, 7 y 8*. En caso de que el juez nacional —pese a que la ratificación ha reconocido el contenido del Estatuto— condenara la comisión de un crimen o delito competencia de la CPI sin contar con una tipificación expresa —directamente (proyecto II) o por la vía de la remisión (proyecto I)—, podría existir una violación del principio de reserva (artículo 10 de la Constitución, artículo 1 del CP) que indica que sólo una ley promulgada según dispone la Constitución puede

cipio de legalidad (artículos 1 y 85 del Código Penal, en adelante CP) y reconoce como única fuente del derecho penal a la ley; además, no hay proceso, jurisdicción ni juez natural si no existe previamente una ley que lo determine (artículo 2 del Código Procesal Penal). En ese sentido, dentro del concepto de ley incluye a la Constitución de la República, los pactos y tratados internacionales ratificados por el país y las leyes penales (Código Penal y leyes especiales) y, si bien indica que la Constitución es la norma de mayor jerarquía, no existe ningún precepto en dicho texto que establezca el nivel de jerarquía que deben tener los instrumentos internacionales en el orden interno. *Así las cosas, doctrina y jurisprudencia han entendido que estos instrumentos ingresan al ordenamiento uruguayo con jerarquía legal por debajo de la Constitución y al mismo rango que la ley.*³⁸ Esto significa que, a diferencia de muchos países de la región, Uruguay no otorga jerarquía supralegal a los tratados internacionales (aunque refieran a la protección de los derechos humanos), por lo que todos ellos, cualquiera sea su naturaleza, gozan del mismo valor jerárquico.

Este hecho ha llevado a parte de la doctrina uruguaya a exigir una reforma constitucional (como la que realizaron Argentina en 1994 o Perú en 1980) que otorgue jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ya que tal jerarquía no puede derivarse de la interpretación del artículo 72 de la Constitución.³⁹ En mi opinión, debido al silencio que guarda la Constitución, nada obsta a que en Uruguay se implemente el tratado internacional con un nivel jerárquico por debajo de ésta pero por encima de la ley, sin que para ello se requiera de una reforma

determinar una conducta prohibida y su correspondiente pena. Así las cosas, independientemente de la naturaleza autoejecutable o no ejecutable del Estatuto, el Parlamento uruguayo debería decidirse por una pronta implementación, si se pretende ejercer jurisdicción nacional respecto a los crímenes y delitos competencia de la CPI y que ésta tenga efectos de cosa juzgada ante la CPI (artículo 20 Estatuto), así como para no perder cuotas de soberanía frente a la CPI siempre que, en aplicación del artículo 17 del Estatuto, se interprete como un problema de seguridad jurídica la ausencia de una ley de implementación que clarifique las cuestiones relacionadas con el vacío legal y el ejercicio de jurisdicción.

³⁸ Véase Héctor Gros Espiell: "La Constitución y los tratados internacionales", en Gros Espiell: o. cit., p. 333. En opinión disidente, Correa Freitas, para quien las normas de derecho internacional tendrían supremacía frente a la Constitución: "utilizando el criterio de la pirámide o de la estructura jerárquica del orden jurídico, siguiendo el pensamiento de Kelsen, puede afirmarse que en la escala se encuentra en el vértice, en primer lugar el derecho internacional, en un segundo grado el derecho comunitario y en un tercer grado el derecho constitucional". Véase Correa Freitas: o. cit., y "La Constitución uruguaya y el Mercosur", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 120, doctrina 8, www.lajusticiauruguay.com.uy.

³⁹ Se ha llegado a discutir (sin adoptar una respuesta positiva) si con base en el artículo 72 de la Constitución los tratados internacionales que refieran a derechos humanos podrían tener rango constitucional. Este artículo se refiere al reconocimiento y la protección de aquellos derechos inherentes a la persona humana y los que se derivan de la forma republicana de gobierno. Pues bien, con base en dicha norma es que se deben respetar los principios en que se asienta un sistema republicano, principalmente la separación de poderes (artículo 82.2), el control recíproco entre éstos, la forma democrática de gobierno (artículo 82), el control parlamentario (artículos 85, 118 y ss.), la estricta competencia del Poder Ejecutivo (artículos 168 y 17), un Poder Judicial independiente, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Véase por todos Gros Espiell: o. cit., p. 339.

constitucional que así lo indique.⁴⁰ En caso contrario —esto es, si no se reconoce mayor rango al tratado internacional que a la ley—, entre otros problemas podría suceder que una ley posterior contraria al espíritu del tratado derogara disposiciones de éste en el orden interno, por más que el tratado permanezca vigente y sin modificaciones en el orden internacional.⁴¹ Ello nos llevaría a un innecesario conflicto de constitucionalidad de la ley posterior, que —como veremos a continuación— en el sistema uruguayo no se resuelve con eficacia *erga omnes* sino para el caso concreto.⁴²

2.2.1.4. El problema del control de constitucionalidad de las leyes

Si se diera el caso que hemos planteado y hubiera que declarar inconstitucional un texto legal, según dispone el artículo 257 de la Constitución, dicho control jurisdiccional lo realizará la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ).⁴³ La fórmula

⁴⁰ Como hizo Paraguay en el artículo 137 de la Constitución de 1992: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. Adoptando una decisión de este tipo, la Constitución permanece en la cúspide de la pirámide jerárquica aunque puedan resentirse los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fide* toda vez que se violen normas internacionales con el pretexto de la supremacía de la Constitución. Pero por otro lado, ninguna ley común podrá modificar el contenido o espíritu de un tratado aunque fuera posterior al mismo por encontrarse en un nivel inferior a aquél. Pero además debe considerarse que al encontrarse el Tratado en un plano superior a la ley servirá de parámetro interpretativo de cualquier ley ordinaria en materia de Derechos Humanos. Véase sobre el tema Sagüés: o. cit., pp. 309 s.

⁴¹ Así opina Eduardo Jiménez de Aréchaga en *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1980, pp. 327 ss. De otra opinión es Gonzalo Aguirre, quien entiende que esta situación no sería posible por cuanto una ley posterior que vaya contra un tratado internacional vigente sería contraria a la Constitución, que asegura la obligatoriedad del tratado. Pero esta interpretación lo lleva a reconocer que el tratado no es una norma de derecho interno sino de derecho internacional que no puede ser desconocido por el derecho interno, por lo que carece entonces de importancia si el tratado tiene mayor o igual valor que la ley, con lo cual estaríamos nuevamente a fojas cero. Véase Gonzalo Aguirre Ramírez: *Derecho legislativo*, Montevideo: FCU, 1997, pp. 178 s. En mi opinión, esta interpretación no permite dilucidar la cuestión puntual de la jerarquía de una norma internacional que necesariamente debe formar parte del orden interno y que debe coexistir con él mismo, y por más que goce de validez y el respaldo del ordenamiento internacional, en el caso concreto sus disposiciones deberían ser aplicadas por un juez nacional.

⁴² La ley declarada inconstitucional no desaparece, no se deroga ni se anula; simplemente no se aplica al caso concreto en el que se solicitó la declaración. Pero fuera de dicho caso concreto, la ley se sigue aplicando hasta tanto no haya otro pronunciamiento concreto de la Suprema Corte de Justicia. Véase Ruben Correa Freitas: “El control de la constitucionalidad de las leyes en la República Oriental del Uruguay”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 88, doctrina 7, www.lajusticiauruguay.com.uy.

⁴³ La inconstitucionalidad de una ley se plantea en el capítulo IX de la sección XV titulada “Del Poder Judicial” de la Constitución (artículos 256 a 261). Cualquier ley puede declararse contraria a la Constitución por razón de forma o contenido mediante una resolución de la SCJ con naturaleza de sentencia definitiva. La declaración de inconstitucionalidad conlleva la inaplicabilidad de la ley y de las disposiciones afectadas por ella, y puede ser solicitada por toda persona que se considere lesionada en su interés directo, personal y legítimo, ya sea por vía de acción ante la SCJ o de excepción en cualquier procedimiento judicial (artículo 258). También cualquier juez (incluyendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo) puede paralizar las actuaciones y solicitar de oficio a la SCJ la declaración de inconstitucionalidad antes de dictar una resolución. La declaración de la SCJ sólo atañe al caso concreto y causará efectos sólo en los procedimientos en que se haya pronunciado (artículo 259). Véase Horacio Casinelli Muñoz: “Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad”, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, pp. 132 ss.

uruguaya no está exenta de críticas, puesto que en los hechos, por tratarse de un control constitucional a posteriori, es decir, una vez que la ley ha sido promulgada, el máximo órgano del Poder Judicial podría invadir el campo legislativo, que por pertenecer a otro poder del Estado se podría considerar como una intromisión contraria al principio republicano de división de poderes.⁴⁴ Ahora bien, como surge del sistema uruguayo de Constitución rígida,⁴⁵ el control de constitucionalidad no debe considerarse una injerencia en la competencia del Poder Legislativo, sino una función superior de custodia de un texto normativo de mayor rango que indica la desaplicación de una ley que atente contra él —por otra parte, tarea netamente jurisdiccional.⁴⁶

En mi opinión, el sistema uruguayo debe ser criticado, pues la resolución de inconstitucionalidad que tiene naturaleza jurídica de sentencia definitiva no tiene efecto *erga omnes* (como sucede en los países que cuentan con un tribunal constitucional), sino para el caso concreto y para quien así lo haya solicitado. Y ello constituye un problema no sólo para el caso de contradicción entre dos leyes, sino para cualquier tipo de controversia entre el texto del Estatuto y la Constitución nacional, que debería ser resuelto en el caso concreto por vía de acción o excepción. Si bien puede solicitarse también de oficio por cualquier juez nacional que entienda en un caso concreto, la resolución de inconstitucionalidad no equivaldrá a la no aplicación general de la norma que contraría el texto constitucional, sino que determinará únicamente la no aplicación de la ley inconstitucional en el caso de marras. De ahí lo extraño de

⁴⁴ Véase José Korzeniak: “Sistemas de control constitucional en el derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 1-2, enero-junio 1987, p. 65; Miguel González Bocage: “El Tribunal Constitucional. Antecedentes, funciones y procedimiento”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 2, enero-junio 1980, *Estudios en honor de Eduardo J. Couture*, tomo II, p. 125, quien se afilia a la creación de un Tribunal Constitucional de constitución político-judicial. *Ibidem*, p. 129.

⁴⁵ Todas las Constituciones uruguayas han sido de conformación rígida y han seguido un proceso distinto del de formulación de las leyes. Para proceder a su reforma pueden darse los siguientes procedimientos: a) una iniciativa popular (proyecto presentado por el 10% de los ciudadanos inscritos) que se someterá a plebiscito; b) un proyecto de la Asamblea General que cuente con el voto de dos quintos de sus componentes, sometido a plebiscito; c) una convocatoria del Poder Ejecutivo a formar en 90 días una Convención Nacional Constituyente, sometida a plebiscito; d) una ley constitucional aprobada por dos tercios del total de componentes de cada Cámara y plebiscito. Esto ha llevado a parte de la doctrina a decir que para reformar una *constitución rígida* se requiere de un cuarto poder del Estado: el Poder Constitucional, que se conforma exclusivamente a estos efectos (asamblea constituyente, cuerpo electoral a través del referéndum, etcétera). Véase Korzeniak: o. cit., p. 83.

⁴⁶ Sobre la tarea de la Constitución como árbitro inapelable del sistema jurídico uruguayo y la declaración de inconstitucionalidad para toda ley posterior y contraria a ésta con base en el principio de jerarquía, véase Chaves: o. cit., pp. 130 s. En ese sentido Hassemer se refiere a una democracia constitucional en la que la Constitución establece los límites del principio democrático y a cuyos principios deben someterse las decisiones políticas y legislativas, que, como dijo Radbruch, muchas veces pueden ser injustas o, en este caso, inconstitucionales. Véase Winfried Hassemer: “Jurisdicción constitucional en una democracia”, trad. de Gerardo Briceño, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 30 ss.

la disposición uruguaya, que además de aceptar que cualquier ciudadano que se vea afectado en un interés directo, personal y legítimo solicite la inconstitucionalidad en una causa judicial en trámite (vía de excepción), acepta también una vía de acción ante la SCJ que no tendrá efectos generales.⁴⁷

Así las cosas, esta solución puede dar lugar a que una ley se aplique en forma indistinta por los mismos hechos a distintos sujetos, dependiendo que hagan valer o no la acción de inconstitucionalidad y que ésta les sea favorable; esto es, se trata de un sistema que avala que una contradicción entre normas beneficie o perjudique a un solo interesado, así como que una ley siga vigente pese a que exista una declaración judicial de inconstitucionalidad en su contra. Considerando entonces que el sistema uruguayo provoca una grave situación de inseguridad jurídica en el campo de los derechos humanos, que debe ser resuelta siempre *a posteriori* y en el caso concreto, *convendría* —en mi opinión— *proceder a una reforma de la Constitución en aquellos aspectos controvertidos con el Estatuto en los cuales el legislador universal realice una mayor protección de los derechos humanos respetando los principios básicos del orden jurídico nacional (constitucional, penal, procesal)*,⁴⁸ *no así en el caso contrario, debiendo la ley de implementación corregir los supuestos en que el sistema nacional, según los parámetros mencionados, ofrece mayores garantías de protección que el texto del Estatuto.*⁴⁹ Pero ade-

⁴⁷ Es decir, el ciudadano que impugne una ley por contraria a la Constitución obtendrá una declaración de inconstitucionalidad a modo de cheque en blanco que podrá utilizar a conveniencia.

⁴⁸ Por ejemplo, a través de la prohibición de otorgar el instituto de la gracia o el indulto a criminales contra los derechos humanos. Es más discutible la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales si se entiende que en un derecho penal propio de una comunidad internacional que debería inspirarse en los principios democráticos, el liberalismo político o las democracia constitucional (al decir de Hassemer), debe postularse constitucionalmente la imprescriptibilidad de los hechos, aunque se trate de los más aberrantes cometidos por sujetos que repugnan a cualquier demócrata pero que no pueden ser tratados como “enemigos” del sistema, según propone un minoritario sector de la doctrina penal. Véase Günther Jakobs: “Kriminalisierung im Vorfeld einer rechtsgutverletzung”, en *ZStW* 97, pp. 751-785.

⁴⁹ A modo de ejemplo, el artículo 26 del proyecto II tipifica los crímenes de guerra, y allí en el numeral 34 se prohíbe: “reclutar o alistar niños menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos combatientes o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Por tanto, el proyecto II eleva la edad de los combatientes de 15 (artículo 8.2.b numeral xxvi y literal e numeral vii del Estatuto) a 18 años, lo que significa una mayor protección de los derechos humanos. También puede mencionarse dentro de los crímenes de guerra que el proyecto II no diferencia entre civiles y militares ni entre conflictos armados internacionales o internos, los que a diferencia del Estatuto se concentran en un único artículo 26 (que tipifica entre los numerales 35 a 50 conductas no previstas en el Estatuto pero que provienen de distintos convenios internacionales relacionados con el uso de armas prohibidas, métodos inhumanos de combate, protección de personas y bienes culturales). Del mismo modo se tipifica en el artículo 26.33 como crimen de guerra la prohibición de “hacer padecer intencionalmente hambre o sed a la población civil como método de hacer la guerra o de combate [...]”, que el Estatuto sólo prevé para conflictos internacionales (artículo 8.2.b numeral xxv) pero que no se hace extensiva a los conflictos internos. La pena en todos estos casos se eleva de dos a treinta años de penitenciaría, y es conveniente que en el momento de la implementación se diferencie la dosimetría penal según la dañosidad social de las conductas en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

más, como ya dije, *debe reconocerse al tratado internacional una jerarquía supralegal, si bien en un plano inferior a la Constitución.*⁵⁰

3. Problemas relacionados con las reglas de aplicación espacial de la ley penal y la cesión de soberanía

3.1. Reglas de competencia de la ley penal en el espacio

a. La aplicación de la ley penal uruguaya se rige por el principio de territorialidad (artículo 1 del Tratado de Montevideo, de 1889), y se aplica en forma absoluta a todos los delitos cometidos en territorio uruguayo⁵¹ (artículo 9 del Código Proceso Penal),⁵² salvo las excepciones contenidas en el derecho constitucional e internacional (artículo 9 del CP). En mi opinión, el codificador uruguayo ha legislado en forma un tanto confusa las excepciones al principio de territorialidad, así que intentaré explicarlo de manera más sencilla. Hay ciertas circunstancias en las que el principio de territorialidad deja paso a la excepción, es decir, a la aplicación de la ley uruguaya fuera del territorio sometido a jurisdicción nacional (extraterritorialidad de la ley

⁵⁰ Para ello puede servir de modelo la solución italiana (artículo 10.1: “*L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*”) o francesa (artículo 55: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”). Véase Alberto Zuppi: *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 31.

⁵¹ El lugar de comisión de un delito determina la competencia, esto es, la territorialidad o extraterritorialidad de la jurisdicción. El delito a distancia obliga a diferenciar el momento y lugar de la comisión del momento y lugar de la consumación, y, en ese sentido, el lugar de los hechos determina la jurisdicción. Es decir, cualquier actividad constitutiva de delito, aun en grado de tentativa, llevada a cabo en territorio uruguayo determina jurisdicción nacional, independientemente del lugar de la consumación (Miguel Langón: *Curso de derecho penal*, p. 193). Esto incluye también los casos de coparticipación, en lo que refiere a los hechos cometidos en Uruguay. En consecuencia, *cualquier hecho que se realice y/o consume en territorio nacional es de jurisdicción uruguaya*, por lo que debe ser aplicada la ley uruguaya. Siguiendo en la doctrina nacional, Cairoli se afilia a la tesis de la ubicuidad o de la unidad, que sostiene que acción y resultado son una unidad que impediría su consideración aislada, lo que podría hacer pensar que dicho autor niega la jurisdicción uruguaya para los casos de delitos tentados, pues en éstos no habría resultado en sentido ontológico. Véase Milton Cairoli: *El derecho penal uruguayo*, p. 88.

⁵² Artículo 9.º (principio de territorialidad). “Sólo las disposiciones de este código y sus modificaciones, se aplicarán a los procesos penales que se desarrollen en el territorio de la República, independientemente del lugar donde ocurra el hecho punible y de la nacionalidad del imputado”. En el inciso segundo de este artículo hay una cláusula de dudosa constitucionalidad, pues expresa que, en caso de condena en el extranjero por un delito cometido en territorio uruguayo, la pena que haya sido cumplida (en todo o en parte) se tendrá en cuenta para la aplicación de la nueva. Esta norma estaría violando el principio de *ne bis in idem*, y además habría sido derogada por sucesivos tratados internacionales suscritos y ratificados por Uruguay, en particular, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23-3-1976, y que establece la prohibición del doble juzgamiento. Según Langón, dicha disposición no ha sido nunca aplicada en la praxis nacional. Véase Langón: o. cit., p. 190.

penal),⁵³ por lo que podría decirse que en principio la ley uruguaya no se aplica a los delitos cometidos en el extranjero (artículo 10 CP). Según se desprende del artículo 10 del CP la ley uruguaya se aplicará en el espacio según los siguientes criterios: a) territorialidad; b) nacionalidad o personalidad activa; c) defensa o personalidad pasiva; d) justicia universal.⁵⁴ De acuerdo con el principio de justicia universal establecido en el artículo 10.7 del CP, la ley uruguaya puede ser aplicada a delitos cometidos en el extranjero cuando lo haya dispuesto de esa forma una norma del orden interno uruguayo, o surja como consecuencia de un convenio internacional ratificado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Parlamento.⁵⁵

b. La ley uruguaya puede regir para delitos cometidos fuera de la jurisdicción nacional únicamente si un *nacional uruguayo delinque en el extranjero y es capturado en Uruguay* (artículo 10.5 del CP),⁵⁶ o cuando un *extranjero delinca en territorio extranjero contra un nacional uruguayo o contra la República* (artículo 10.6 del CP).⁵⁷ Sin embargo, en estos casos Uruguay cede la jurisdicción siempre que la ley extranjera sea

⁵³ Según el artículo 4.2 del Código Aeronáutico, decreto-ley 14 305 de 29-11-1974, los delitos cometidos a bordo de aeronaves privadas uruguayas que sobrevuelen territorio o aguas jurisdiccionales extranjeras serán juzgadas por la ley del pabellón (como si fueran públicas), salvo que hubieran resultado lesionadas personas o bienes que se encontraran en ellas o se hubiera afectado la seguridad, el interés legítimo o el orden público del territorio sobrevolado. En este caso se aplica el principio de reciprocidad, salvo que se afecten la seguridad o el orden público nacionales, se infrinjan disposiciones militares o fiscales uruguayas, o se transgredan las leyes o reglamentos de circulación aérea, se lesionen intereses generales del Estado, se causen daños a personas o bienes situados en territorio uruguayo y se cometa un delito en la aeronave extranjera aterrizando en territorio uruguayo tras la comisión del hecho, salvo que haya mediado pedido de extradición. Véase Miguel Langón: *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, tomo I, Primera parte: “El Derecho penal en general”, Montevideo: Del Foro, 2000, pp. 177 s.

⁵⁴ En forma un poco inexplicable, el codificador patrio (José Irureta Goyena) sostuvo que el principio de justicia universal no está específicamente contenido en el Código Penal, pese a que el artículo 10.7 establece: “Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones...7. Todos los demás delitos sometidos a la ley uruguaya en virtud de disposiciones especiales de orden interno o de convenios internacionales”. Véanse las notas del codificador en Reta y Grezzi: *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo: FCU, 5.º ed., 1999, p. 186. Sin embargo, la mayoría de la doctrina nacional entiende que el sistema nacional contempla el principio de justicia universal. Manuel Vieira: *El delito en el espacio*, pp. 145 y ss; Antonio Camaño Rosa: *Derecho Penal*, pp. 51 y s; Cairoli: o. cit., p. 86; Miguel Langón: *Curso de derecho penal*, o. cit., p.180; Fernando Bayardo: *Derecho penal uruguayo*, tomo I, 2.º ed., Montevideo, 1968, p. 125.

⁵⁵ En ese sentido el artículo 32 de la ley 17 016 de 22-10-1998, referido al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que permite jurisdicción uruguaya para perseguir actividades delictivas, aunque no hubieran sido realizadas en territorio bajo jurisdicción uruguaya. También el artículo 13 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 1889, adjudicó jurisdicción al Estado donde se detenga a los delinquentes en los delitos de piratería; así como el Tratado de Derecho Penal de 1940 utilizó el mismo criterio para los delitos de piratería, tráfico de estupefacientes, trata de blancas y de destrucción o deterioro de cables submarinos. Es la gravedad de las conductas de estos delitos lo que permite su persecución allende fronteras, y ella debe medirse según el parámetro del daño social, especialmente cuando se trata de aquellos bienes que afectan a toda la humanidad.

⁵⁶ Éste es el llamado *principio de personalidad activa o nacionalidad*, que indica que un delito cometido por un uruguayo en el extranjero podrá ser castigado en Uruguay, siempre que: 1) exista doble incriminación; 2) el autor fuera aprehendido en territorio uruguayo; 3) no sea requerida la extradición por las autoridades del país de comisión.

⁵⁷ Se trata del *principio de tutela o personalidad pasiva*, por el que corresponde jurisdicción nacional frente a delitos cometidos en el extranjero que atenten contra intereses fundamentales del Uruguay o contra su orden público. Se incluyen aquí los delitos contra la seguridad del Estado (artículo 10.1 y títulos I y II del libro II del CP, artículo 132 a 146), delitos de falsificación del sello del Estado, de moneda de curso legal o títulos nacionales de crédito público, como el uso del sello falsificado del Estado

más benigna que la nacional y medie un pedido de extradición que pueda ser concedido. Ahora bien, si no existiese solicitud de extradición o ésta no fuera concedida, siempre que la pena más benigna fuera la extranjera y ésta no existiera en el ordenamiento uruguayo, el juez uruguayo competente aplicará la pena cuya dosimetría más se le aproxime, que según han interpretado de continuo doctrina y jurisprudencia es la pena de menor gravedad.⁵⁸ Esto significa que la República se compromete a castigar a los nacionales que hayan delinquido en el extranjero o a extranjeros que fuera del territorio uruguayo hayan delinquido contra nacionales uruguayos o contra intereses del Uruguay, siempre que su extradición no haya sido solicitada o haya sido denegada.⁵⁹ Por lo tanto, razonando *a contrario sensu*, *la ley extranjera tendrá preferencia sobre la uruguaya en estos casos de extraterritorialidad cuando sea más benigna que la nacional y medie un pedido de extradición que no haya sido denegado*. Este razonamiento podría hacerse extensivo para el futuro relacionamiento con la CPI, sustituyendo la extradición por el instituto de la entrega.

d. Ni en el derecho comparado ni en el sistema penal uruguayo existe una clara diferencia entre los conceptos de delitos universales o transnacionales (*delicta iuris gentium*)⁶⁰ y delitos o crímenes internacionales.⁶¹ En el ordenamiento interno se han

(artículos 10.2 y 10.3, artículos 227, 231 y 246 del CP), y a delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de funciones o mediante violación de los deberes del cargo (artículo 10.4, artículos 153 a 165 del CP). En el marco del artículo 10.4 CP se debe tener en cuenta los delitos internacionales contenidos en la ley 17 060 de 1998, que tipificó el cohecho y soborno transnacional, el tráfico de influencias y el blanqueo de dinero; y el caso de los agentes diplomáticos uruguayos que cumplen funciones en el exterior, los que, si bien gozan de inmunidad en el lugar en que cumplen funciones, deben ser juzgados por la ley nacional. Véase Langón: *Curso de derecho penal*, o. cit., pp. 187 s.

⁵⁸ El principio contrario es admitido por el artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1889, es decir, el de la aplicación de la pena más grave o la que se le aproxime en gravedad. Esta situación de contradicción normativa me obliga a posicionarme críticamente respecto al sistema nacional. Como he manifestado, mientras la Constitución no se modifique y acepte la suprallegalidad de los tratados internacionales, se producirán permanentes problemas de contradicción entre leyes de igual jerarquía en las que rige el principio *ley posterior deroga la anterior*, y en ese caso Uruguay estaría incumpliendo obligaciones internacionales ya contraídas toda vez que una ley nacional derogue normas internacionales de igual jerarquía. De no realizarse dicha modificación, la solución de los problemas dependerá de posiciones de la doctrina o de los jueces, lo que puede significar una situación de inseguridad jurídica en un sistema de *civil law*.

⁵⁹ Por su parte en el artículo 11 del CP se establecen las condiciones que impiden la extraterritorialidad de la ley uruguaya, cuando dice que *no se aplicará el artículo 10 del CP*, es decir, *la ley uruguaya en forma extraterritorial*, cuando: a) la acción penal se halle prescripta con arreglo a una u otra legislación; b) cuando se trate de un delito político; c) cuando el sujeto haya sido absuelto en el extranjero; d) cuando hubiera cumplido la pena; e) cuando la pena hubiera prescrito.

⁶⁰ Entre éstos podemos nombrar al delito de piratería o de tráfico de estupefacientes, los cuales no son perseguibles directamente por el orden internacional, sino que en estos casos el interés de la comunidad internacional radica en que determinados Estados puedan extender su jurisdicción más allá del ámbito territorial, para así reprimir más eficientemente a sus autores. Esto no les otorga el carácter de crímenes internacionales, sino que se relacionan con el ejercicio jurisdiccional. Así las cosas, no debe confundirse entre delitos internacionales y delitos transfronterizos o transnacionales, como lo hacen muchas definiciones formales. Véase al respecto Alicia Gil Gil: *Derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 46 y 48.

⁶¹ Cabe decir que la aprobación del Estatuto no implica una modificación de las normas que regulan la competencia uruguaya en cuanto a crímenes internacionales; sin embargo, su diferente naturaleza podría servir de parámetro para diferenciar

tipificado directamente a través de leyes especiales determinados delitos internacionales (artículos 29 y 30 de la ley 17 060) y otros considerados bajo jurisdicción universal (artículo 3 de la ley 17 016, modificativo del artículo 32 de la ley 14 294, Ley de Tráfico de Estupefacientes), siempre considerando como la *ratio legis* la dañinidad social y la importancia de los bienes jurídicos tutelados (intereses económicos, de la administración de justicia extranjera, tributarios, la salud pública). Puede decirse entonces que hasta el momento no ha sido prioridad del legislador patrio la implementación de normas relacionadas con la tutela de los derechos humanos,⁶² que sólo ha demostrado buenas intenciones en el plano internacional adhiriendo a tratados y convenios que luego no han sido implementados en el orden interno.⁶³

3.2. Problemas relacionados con una posible cesión de soberanía

Tratándose el Estatuto de un instrumento internacional que tipifica crímenes y delitos, éstos tienen que ser trasladados necesariamente a la órbita nacional. En ese sentido, la implementación debe cumplir dos funciones principales: por un lado, *hacer posible que la legislación uruguaya se adapte de tal forma que permita una eficaz colaboración con la CPI* y, por otro, que *el ordenamiento uruguayo pueda ejercer jurisdicción penal en relación con los crímenes internacionales y delitos competencia de la CPI*. Y

la categoría de los delitos transnacionales de los crímenes internacionales, considerando estos los últimos como aquellos crímenes que atentan contra los bienes jurídicos más importantes de toda la humanidad, y se encuentran tipificados en el Estatuto. Siguiendo este criterio de protección de derechos humanos como el bien jurídico tutelado, los delitos relativos contra la administración de justicia de la CPI (artículo 27 proyecto II) contenidos en el Estatuto (artículo 70) no serían crímenes internacionales, entre otras cosas porque por orden expresa del Estatuto deben necesariamente ser tipificados en el orden interno de cada Estado parte, y además porque su gravedad desde el parámetro de la dañinidad social no puede relacionarse con los crímenes tipificados entre los artículos 5 y 8 del Estatuto. Por otra parte, los delitos del artículo 70 del Estatuto sólo guardan relación con el ejercicio jurisdiccional de la CPI, pero según el criterio de la gravedad o dañinidad social no pueden ser considerados crímenes internacionales. Recordemos que la doctrina internacionalista mayoritaria exige una relación entre los bienes jurídicos individuales —con el respeto a los derechos humanos— y la paz internacional, y bajo este prisma deben entenderse los crímenes y delitos tipificados como internacionales. Véase Gil Gil: o. cit., pp. 29 ss.

⁶² Del análisis de las normas que el legislador uruguayo ha considerado delitos internacionales puede decirse que no ha existido voluntad para tipificar —ni siquiera utilizando el sistema de remisión— los delitos de tortura, de desaparición forzada de personas y semejantes de lesa humanidad, pues siguiendo el mismo criterio político criminal, es decir, la dañinidad social, la importancia de los bienes jurídicos y su relación con la paz internacional, ontológicamente los últimos tendrían prioridad por el mero hecho de que se trata de crímenes internacionales lesivos de los derechos humanos. Véase sobre el tema Jaime Córdoba Triviño: *Derecho penal internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo código penal colombiano*, Medellín: Ibáñez, 2001, pp. 191 y ss., 165 ss.

⁶³ Cabe decir que esta omisión legislativa es corregida en todo sentido por el proyecto II, fuertemente inspirado en la labor de las ONG en el campo de los derechos humanos y en las convenciones internacionales de derecho internacional público, aunque con alguna imprecisión en lo que respecta a la técnica penal de tipificación.

mencione estas funciones en un orden que no es caprichoso, pues entiendo que con la ratificación del Estatuto Uruguay está obligado a colaborar con la CPI, y según dispone el artículo 2 del proyecto II, también se obligaría a ejercer jurisdicción contra presuntos autores de los crímenes y delitos contenidos en el Estatuto y en la ley de implementación. Estas dos obligaciones que podrían a primera vista parecer contradictorias deben ser coordinadas de tal forma al momento de la implementación, que no quepan dudas sobre qué jurisdicción tiene prioridad y de qué modo se hará uso de ella.

A partir de la vigencia del Estatuto —por indicación del artículo 12—, en cada Estado parte se produce la coexistencia de una doble jurisdicción: en primer lugar, del Estado en cuyo territorio se cometieron los actos delictivos (principio de territorialidad) o de la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa) y, en segundo lugar, en forma complementaria de la CPI (artículo 17 del Estatuto).⁶⁴ Esto significa que la prioridad en la persecución de los crímenes y delitos del Estatuto la tiene el Estado parte del territorio en el que sucedieron los hechos (o sus consecuencias) o de la nacionalidad del autor; es más problemático el caso de la personalidad pasiva (sobre la que el Estatuto no se pronuncia) y en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción universal (por tratarse de un ensanchamiento de la jurisdicción penal del Estado sin ninguna conexión directa con éste). Los dos proyectos uruguayos proponen acertadamente un principio de universalidad limitado o condicionado que obligue a delegar jurisdicción al juez nacional a favor de la CPI toda vez que ésta lo solicite. Sin embargo, soy de la opinión de que la ley de implementación debería ser más explícita y establecer que esto sucederá cuando se trate de criminales internacionales que no hayan delinquido en Uruguay, que no sean uruguayos, que no hayan atentado contra intereses primordiales o contra víctimas nacionales del Uruguay.⁶⁵

⁶⁴ Véase Ezequiel Malarino: *Implementation Models and ICC Statute*, inédito, p. 3 (se ha accedido a este material por gentileza de su autor). Véase ampliado en el punto I de su contribución en este volumen. Véase Antonio Cassese: o. cit., p. 16. La CPI no tiene jurisdicción universal, salvo cuando la competencia de ésta sea activada por el Consejo de Seguridad de la ONU, que hace que la jurisdicción de la CPI se extienda a cualquier Estado del orbe. De todas formas ello no significa que dicha jurisdicción deba ejercitarse en forma prioritaria. En mi opinión, que el Consejo de Seguridad de la ONU ponga en funcionamiento la competencia de la CPI no significa que los Estados Parte pierdan la prioridad en el ejercicio de la jurisdicción nacional cuando el hecho o sus efectos se hayan realizado en su territorio y/o el autor sea nacional de dicho Estado, así como que no se hayan dado las condiciones del artículo 17 del Estatuto que habilitan la jurisdicción complementaria de la CPI.

⁶⁵ Sostengo que procede esta limitación del principio de jurisdicción universal del Uruguay, en vista que la CPI carece de él, y por ello corresponde cederle jurisdicción como una forma de activar su competencia. También Cassese opina favorablemente en cuanto a una competencia universal limitada o condicionada del juez nacional para favorecer la competencia de la justicia internacional. Véase Antonio Cassese: “Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, en Cassese y Delmas-Marty: o. cit., p. 28.

El Estatuto, siguiendo una larga tradición del derecho penal internacional, reconoce la prioridad de los Estados para el ejercicio de competencia jurisdiccional; sin embargo, de la lectura de cualquiera de los dos proyectos presentados al Parlamento uruguayo se puede interpretar que ambos ceden soberanía nacional⁶⁶ frente a la CPI toda vez que “*tratándose de crímenes o delitos cuya jurisdicción sea de la Corte Penal Internacional: a) se solicite la entrega por la Corte Penal Internacional [...]*”.⁶⁷ Está claro que el espíritu de la norma pretende reconocer un principio de jurisdicción universal limitado o condicionado (por el cual Uruguay ejercería jurisdicción aun cuando no hubiera una conexión directa con ella, siempre que no mediara una solicitud de entrega de la CPI o de extradición de otro Estado), pero esto no resulta del todo claro de la redacción propuesta en ninguno de los dos proyectos. Por dicho motivo, para evitar malas interpretaciones al momento de la implementación, debería especificarse que Uruguay únicamente cederá jurisdicción a la CPI o a otro Estado cuando los hechos no se hayan realizado (o no hayan provocado efectos) en Uruguay, no hayan sido cometidos por un ciudadano uruguayo ni contra un ciudadano uruguayo, es decir, cuando se trate del ejercicio de la jurisdicción universal propiamente dicha,⁶⁸ pero no en caso de actuación jurisdiccional según los principios de territorialidad, defensa y/o personalidad activa o pasiva, salvo que se dieran las condiciones que exigen los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal o aquéllas establecidas específicamente en un tratado internacional.

⁶⁶ Así se entienda el concepto de soberanía desde un punto de vista funcional como la suma de las competencias y derechos de cada Estado y los organismos comunitarios en caso de que dicho Estado se haya integrado en un espacio comunitario con otros Estados. Véase Milton Cairoli: *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, Montevideo: FCU, 2000, p. 15.

⁶⁷ Véase el proyecto, el artículo 4.4, donde también se establece cesión de soberanía ante la solicitud de extradición de un Estado con el que exista Tratado (4.4.b) o frente a un Estado con el que no hay Tratado pero es parte del Estatuto (4.4.c). En mi opinión estas cesiones de soberanía deberían sujetarse a las reglas de los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal y demás normas contenidas en los tratados internacionales ratificados por Uruguay. En el artículo 3.2 del proyecto I se dice que Uruguay ejercerá jurisdicción “cuando no se solicite la extradición por Estado competente o la entrega por la Corte”. En todo caso, podría establecerse que “Uruguay ejercerá su jurisdicción siempre que no hubiere procedido a extraditar al sospechoso al Estado requeriente o entregado a la CPI”, lo que dejaría en claro tanto la voluntad de cooperación como la prioridad en el ejercicio de jurisdicción, cumpliendo con la regla: “extraditar o juzgar”.

⁶⁸ Según entiende Urioste, el principio de universalidad como criterio de atribución de jurisdicción habilita a todos los Estados parte de un tratado internacional a juzgar las infracciones internacionales cuando el Estado del territorio no quiso o no pudo hacerlo. Por ello, si la CPI solicita la entrega de un sospechoso, o un Estado parte u otro solicitan la extradición, estarían cumpliendo con el principio base relativo a los ilícitos contra el derecho de gentes que opera según la regla que obliga a los Estados a conceder la extradición de las personas inculpadas y, si no la concedieran, a juzgarlas y castigarlas (principio *aut dedere aut iudicare*). Véase Urioste: o. cit. Sin embargo, la existencia de un Tratado no es un requisito indispensable para el ejercicio de la jurisdicción universal, que se habilita para cualquier Estado que tenga en su poder al autor de un crimen contra el derecho internacional, aun cuando no se dieran ninguno de los principios reconocidos para ejercer jurisdicción nacional (territorialidad, personalidad activa o pasiva), pues todos los Estados tienen un interés directo en el castigo de los crímenes más graves contra la humanidad. Véase Zuppi: o. cit., pp. 91 y 114.

De no aclararse este aspecto, en el mismo proyecto II se produciría una *contradictio in terminis* entre la obligación de ejercer jurisdicción (artículo 2) y la cesión de soberanía (artículo 4.4). Pero además, la posible cesión de soberanía debería vincularse con el supuesto caso de que la CPI interprete (según el artículo 17 del Estatuto) que deba ser activada su competencia en detrimento del juez nacional, y no obligarse en cualquier circunstancia el Uruguay a la entrega de un sospechoso cuando la CPI lo solicitara si no se han dado las condiciones del artículo 17 del Estatuto.⁶⁹ Esto debería legislarse especificando que únicamente se acepta que la complementariedad de la CPI se convierta en prioridad cuando se trate del ejercicio de jurisdicción nacional en utilización del principio de universalidad y en el caso concreto en que el fiscal de la CPI estuviera interesado en dicha persecución.⁷⁰ De todas formas, frente a un caso complejo con pruebas a diligenciar en el extranjero, que genere costos excesivos a la administración de justicia uruguaya, siempre se puede solicitar colaboración a la CPI o en último término reenviarle el caso.

4. Problemas de implementación en relación con los principios fundamentales en los que se asienta el ordenamiento jurídico penal

4.1. Problemas con el principio de legalidad

Cuando un instrumento internacional tipifica delitos y penas, generalmente lo hace de forma muy vaga, como para que puedan ser aplicados directamente en los ordenamientos internos de los Estados; por ello, para no lesionar el principio de legalidad, estos instrumentos deben ser implementados en el ordenamiento inter-

⁶⁹ Incluso es discutible la legitimidad de esta potestad que ofrece el artículo 17 del Estatuto, que podría ser tildada de arbitraria por cuanto es la propia CPI la que decide respecto al buen o mal funcionamiento de la administración de justicia del Estado que tiene la jurisdicción del caso, sin que se sepa de antemano con base en qué criterios puede determinarse que no existe capacidad de investigación o que una investigación iniciada es “insuficiente”. En similar sentido, Kai Ambos: “Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente”, p. 7; Antonio Cassese: *International Criminal Law*, p. 16.

⁷⁰ Si la CPI tuviera jurisdicción universal, el fiscal podría en cualquier caso intervenir en forma directa, y en ese caso para ceder jurisdicción sería exigible la notificación que según el artículo 19 del Estatuto debe realizar la CPI a todos los Estados parte y a aquellos no parte que puedan estar involucrados, toda vez que el fiscal haya iniciado una investigación de oficio.

no.⁷¹ El principio de legalidad presupone que todo lo que no está prohibido está permitido y descansa sobre la seguridad jurídica, es decir, sobre la posibilidad de calcular de antemano las consecuencias de una acción.⁷² El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es un límite formal al poder punitivo del Estado,⁷³ a la vez que garantiza la igualdad de trato frente a la ley.⁷⁴ En el ordenamiento jurídico uruguayo esto surge de los artículos 7 y 10,⁷⁵ complementados por los artículos 12, 15 y siguientes de la Constitución,⁷⁶ y su relevancia radica en que, para reprochar penalmente un comportamiento, éste debe haber estado claramente descrito en una ley penal (principio de tipicidad),⁷⁷ es decir, debe reunir las características de *lex proevia, certa, stricta y scripta*.⁷⁸

Ahora bien, respecto al derecho penal internacional podría decirse que, si bien sigue los mismos principios que el derecho nacional,⁷⁹ los acepta e interpreta desde otra perspectiva, ya que es suficiente que la ilicitud de una conducta sea aceptada por

⁷¹ Véase Ambos: "Hacia el establecimiento...", o. cit., p. 5. Además, generalmente los instrumentos internacionales realizan una complicada fusión de los sistemas de *common law* y *civil law*, lo que debe ser compaginado (adaptado) con el ordenamiento interno de cada país. Véase Cassese: *International Criminal Law*, o. cit., p. 18.

⁷² Véase Michael Jefferson: *Criminal Law*, Pearson Education, 6.º ed., 2003, p. 3. En la literatura anglosajona se lo divide en tres principios distintos: no retroactividad, máxima certeza y estricta construcción de la ley penal. Véase Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2.º ed., 1997, pp. 67 ss.

⁷³ Véase Corgatelli-Fernández: *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomo I, Montevideo: Idea, 1984, p. 15. Este principio tiene un triple fundamento: a) político-democrático-representativo como expresión de la idea de libertad y del Estado de derecho del que se deriva la exigencia de ley formal y de seguridad jurídica; b) político-críminal como expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal; y c) como tutela del ciudadano frente al poder del Estado. Véase Rosario De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 28.

⁷⁴ Véase Francesco Palazzo: "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en *Teorías actuales en el derecho penal*, 75.º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 154.

⁷⁵ El artículo 10 recoge el llamado *principio de libertad*, que prevé que las acciones privadas de las personas que no sean contrarias al orden público ni perjudiquen a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados. En el inciso segundo prescribe que ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁷⁶ La irretroactividad no cuenta con una norma específica, pero la doctrina lo reconduce al artículo 72 de la Constitución. Véase Alberto Ramón Real: *Los principios generales del derecho público (Estados Unidos, Argentina, Francia, Uruguay)*, p. 54, citado por M. del Pilar González: "Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal desde el punto de vista constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, enero-junio 1990, p. 226.

⁷⁷ El principio de legalidad ha sido definido en el artículo 1 del Código Penal Tipo iberoamericano: "Un hecho solo puede ser objeto de pena o de otra consecuencia jurídica prevista en este código, si estas han sido previamente establecidas por una ley formal, proveniente de órgano legislativo democráticamente legitimado." Según Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano: *Código Penal Tipo para Iberoamérica*, vol. 1, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 211.

⁷⁸ Véase Chaves: o. cit., p. 151 y ss.; Rosario De Vicente Martínez: *El principio de legalidad penal*, pp. 36 ss.

⁷⁹ El propio Estatuto ha adoptado el principio de legalidad al exigir la taxatividad y prohibir la analogía y la retroactividad (véanse los artículos 22, 23 y 24 del Estatuto). Se ha dicho que "*independentemente dalla fonte, le prescrizioni giuridiche del diritto penale internazionale devono soddisfare i requisiti dei principi di legalità*", así como que dicho principio "*richiedono, quindi, una definizione chiara e non ambigua della condotta vietata*". Véase M. Cherif Bassiouni: *Le fonti e il contenuto del Diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 55.

toda la comunidad internacional para la justificación de un castigo, por más que se presenten contradicciones graves con el principio de irretroactividad. En ese sentido también se aceptan la costumbre o las decisiones judiciales como fuente de obligaciones, exigiendo una mayor laxitud en la interpretación de aquellos principios sobre los que se asienta el orden constitucional de una nación perteneciente al mundo jurídico del *civil law*.⁸⁰ Así, debe indicarse que el Estatuto, siguiendo la tradición del *common law*, contiene la descripción de crímenes y delitos a los que no corresponde específicamente una pena. Esto se desprende de los artículos 5 a 8, 23, y 77 a 80, que necesitarían de una ley de implementación que asignara a cada una de las figuras delictivas la correspondiente dosimetría penal. Además, el artículo 77 propone penas que no contienen un mínimo; únicamente exige que éstas no superen los 30 años. Es así que, por una exigencia del principio de legalidad de los delitos y las penas, no podría aplicarse en forma directa el Estatuto ni reenviar a estos tipos si no fueran readaptados en los ordenamientos jurídicos de los Estado parte según las normas específicas para determinar las penas.⁸¹

En cuanto refiere a los dos proyectos uruguayos, cabe indicar que el proyecto I arrastra todas las imperfecciones de tipificación del Estatuto, ya que se decanta por la técnica de la remisión a las normas de éste,⁸² mientras que el proyecto II procede a la tipificación de cada una de las figuras penales, excepto los crímenes de lesa humanidad, donde opta por reenviar al artículo 7 del Estatuto y adjudica una pena genérica de entre 15 y 30 años a todas las modalidades de conducta. De esta forma, es aplicable a ambos proyectos la crítica que se hace al tipo indeterminado del artículo 7.k cuando se refiere a la prohibición de “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental o física”, que podría significar una lesión al principio de legalidad por considerarse un tipo indeterminado, con los inconvenientes que éstos traen apareja-

⁸⁰ Según el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible “según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Véase Kai Ambos: “La construcción de una parte general...”, o. cit., pp. 14 y 18 y s.; ídem: *La parte general...*, o. cit., pp. 41 s.

⁸¹ Véase Paul Hernández Balmaceda: “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno”, en Ambos, Malarino y Woischnik (eds.): *Temas actuales...*, o. cit., p. 159.

⁸² Dice el artículo 2 del proyecto (crímenes y penas): “Serán castigados con dos a treinta años de penitenciaría, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra previstos en el artículo 5 del Estatuto, cuya ejecución hubiere tenido lugar o hubiere comenzado después de la entrada en vigor de la presente ley, de conformidad con las descripciones contenidas en los artículos 6 a 8 y lo dispuesto en los artículos 11.1 y 24.1 del Estatuto”.

dos al momento de su interpretación.⁸³ A su vez, ambos proyectos remiten a la tipificación de los delitos contra la administración de justicia previstos en el artículo 70 del Estatuto (artículo 4 del proyecto I y artículo 27 del proyecto II), trasladando las críticas hechas a éste desde el prisma del principio de proporcionalidad, al aplicar la misma pena a conductas que son de disímil naturaleza y gravedad. En cuanto a los principios generales, mientras el artículo 5 (proyecto I) remite a los principios generales de derecho penal enunciados en los artículos 22 a 33 del Estatuto, en la parte primera del proyecto II (artículos 1 a 15) se establecen los principios generales, entre los que destacan el deber de persecución, la imprescriptibilidad, la improcedencia del asilo, el refugio, las amnistías, los indultos y gracias, la exclusión de la jurisdicción militar y la intervención y reparación de las víctimas. Por lo tanto, es preferible la técnica adoptada por el proyecto II, que tipifica en forma expresa las conductas prohibidas y adjudica la pena correspondiente, por cuanto permite subsanar los defectos del Estatuto en relación con una posible violación del principio de legalidad, hecha la salvedad respecto a los crímenes de guerra, que deberían ser tipificados diferenciando proporcionalmente las penas, y a una reformulación del tipo abierto del artículo 7.k del Estatuto que se reitera en el artículo 18 del proyecto II.

4.2. Problemas con el principio de culpabilidad

No pueden haber dudas de que el principio de culpabilidad tiene en el derecho penal de nuestros días una estrecha relación con la concepción de Estado, incluso con el sistema de gobierno y el desempeño de sus instituciones. La culpabilidad se determina siempre y cuando el sujeto haya cometido un hecho delictivo y no por su forma de ser o de conducirse en la vida (salvo en lo que respecta a la reincidencia, resabio del positivismo jurídico que pervive en la mayoría de los códigos penales). Como la culpabilidad se relaciona con la exigibilidad, se debe dejar bien en claro qué es lo que puede el sistema exigir de una persona y hasta dónde ésta puede responder a esa exigencia, cuestión básica que sólo se puede contestar desde el propio sistema de

⁸³ Los tribunales *ad hoc* pueden servir de parámetro para una nueva tipificación, ya que éstos han exigido que el acto o la omisión sea de gravedad similar a otras posibilidades y que haya causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana. Como ejemplos de otros actos inhumanos se menciona la *experimentación ilegal con seres humanos* y la *agresión violenta*. Véase Kai Ambos: *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, p. 80.

valores y según los objetivos democráticos de un sistema determinado. En lo que atañe a la imputación subjetiva (culpabilidad), el Estatuto ha reconocido en el artículo 25 la responsabilidad penal individual y en el artículo 30 requiere que los elementos del crimen se realicen con intención y conocimiento.

4.2.1. Relevancia del error de prohibición

Ningún sistema penal (tampoco el internacional) puede presumir *ex ante jure et de jures* que la actuación de un sujeto no podría ser motivada en un error directo respecto a la prohibición o un error indirecto respecto a la autorización de su conducta.⁸⁴ En ese sentido la norma del artículo 32 del Estatuto, así como sucede con el artículo 24 del CP uruguayo (error sobre el derecho) prohíbe al juez analizar si en el momento del delito se puede comprobar el elemento cognitivo del dolo, el conocimiento o la conciencia de la ilicitud. Esto se traduce en una clara violación del principio de culpabilidad, ya que se da por supuesto (se prohíbe al juez examinar tal punto) que el sujeto ha actuado con conciencia, aun cuando desconociera en forma invencible que su conducta estaba prohibida o que ésta no estaba autorizada por el ordenamiento jurídico. El Estatuto utiliza en el artículo 32 la misma terminología del Código Penal uruguayo (artículos 22 y 24 del CP) para referirse a las circunstancias de actuación en error; incluso llega a la misma conclusión en cuanto a que el error de hecho excluye el dolo, por tratarse de un conocimiento falso o equivocado sobre un objeto o elemento constitutivo del delito, que no permite comprobar la conciencia y la voluntad de realización que exigen tanto el artículo 18 del CP como el artículo 32 del Estatuto. Si bien frente a los crímenes de la magnitud del Estatuto difícilmente pueda hablarse de errores invencibles sobre la antijuridicidad de la conducta, éstos podrían darse sobre algunos supuestos de los crímenes de guerra y la creencia de permisión de determinadas conductas. Por ello, no debería el legislador limitar al juez en la comprobación de los elementos subjetivos de toda acción. De todas formas, a lo que aquí interesa el Estatuto no significa en el tratamiento del error de prohibición ninguna contradicción con el sistema penal uruguayo.⁸⁵

⁸⁴ Para que el error tenga relevancia como atenuante o eximente de la responsabilidad, su vencibilidad o invencibilidad debe traslucirse en una falta de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, debe canalizarse en un error de hecho. Véanse las críticas al artículo 32 del Estatuto en Weigend: o. cit., pp. 1390 ss.

⁸⁵ En líneas generales, para el sistema penal uruguayo sólo el error sobre la circunstancia del delito (error sobre el hecho) permite excluir la intencionalidad (aunque puede dejar subsistente el comportamiento descuidado), mientras que la ignorancia del

4.2.2. *Problemas de autoría y participación: de la responsabilidad del superior jerárquico*

La figura tipificada en el artículo 28 del Estatuto no tiene parangón en los ordenamientos nacionales al ser una creación del derecho penal internacional;⁸⁶ por ello, en el momento de la implementación podrían producirse problemas de interpretación ante la ausencia de un precepto que castigue esta conducta de los superiores, puesto que cabe la duda sobre si éstos podrían responder en calidad de autores, coautores o cómplices dentro de las formas de la participación o concurso de delinquentes, como se refiere el Código Penal uruguayo en el capítulo II (artículos 59 y ss.).⁸⁷ En el sistema uruguayo no habría ningún impedimento sistémico en la equiparación entre el comportamiento comisivo y el omisivo, pues ésta se realiza en el artículo 3 del Código Penal, en cuyo párrafo segundo se indica: “no impedir un

carácter antijurídico de la conducta y, por tanto, la actuación en error sobre el derecho nunca eximen de responsabilidad. Así lo especifica el codificador uruguayo, Irureta Goyena. Véase *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por Reta-Grezi, o. cit., pp. 194 s. En la doctrina uruguaya se puede leer opiniones que indican que el error de derecho puede asimilarse a la terminología alemana del error de prohibición (Langón: *Curso de Derecho Penal*, o. cit., p. 327), otras que sostienen que no se trata de una presunción absoluta (Bayardo: o. cit., tomo II, pp. 66 y ss., 84), las que proponen la admisión del error indirecto de prohibición proveniente de la falsa suposición de una situación de justificación, que si fuera invencible excluye la culpabilidad y de ser vencible permite atenuarla (José Petito: “Admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho”, en *Revista de Ciencias Penales* n.º 2, Montevideo: Carlos Álvarez, 1996, p. 360) hasta quienes proponen la abrogación de dicho artículo 24 del CP por violar el principio de culpabilidad y los artículos 10 y 72 de la Constitución (Chaves: o. cit., p. 150; Milton Cairoli: *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, tomo I: “La Ley-El Delito”, Montevideo: FCU, 2.º ed., 2001, p. 317; Gonzalo Fernández: “Acerca del error de Prohibición”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 1, pp. 320 y ss; María González Stella: “Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal desde el punto de vista constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, enero-junio 1990, p. 229; Pablo Galain: “Los delitos económicos: algunos aspectos dogmáticos comunes. La problemática imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Una visión político criminal del sistema uruguayo”, en Dardo Preza: *Delitos económicos*, pp. 116 s. De todas formas, habría que armonizar el artículo 32 del Estatuto con el artículo 24 del CP, ya que el primero admite la exculpación del agente siempre que la actuación en error haga desaparecer el elemento de intencionalidad del crimen, y la norma uruguaya no exige de responsabilidad en ninguna circunstancia, salvo que el error de prohibición que emane de una ley no penal hubiera generado un error de hecho sobre alguna de las circunstancias constitutivas del delito (artículo 24.2 del CP). También en opinión contraria al artículo 24 y la exigencia del conocimiento de la ley como posible violación al principio de culpabilidad, lo que reclama la erradicación de la regla *error iuris nocet*, véase Mariana Malet: *Presunciones en el Código Penal*, Montevideo: FCU, 1995, p. 48.

⁸⁶ Véase Kai Ambos: *La Parte General...*, o. cit., p. 296. El Código Penal uruguayo se refiere únicamente a la omisión del juez o funcionario policial en denunciar delitos (artículo 177 CP), en la que el legislador exige u ordena la denuncia de cualquier delito del que hubieran tenido conocimiento, así como la omisión contumaz de los deberes del cargo (artículo 164 CP), que castiga al funcionario público que omite o rehúse ejecutar un acto impuesto por los deberes del cargo. Sin embargo, estos tipos son delitos de omisión propia, que reprochan al superior o al funcionario público el mero hecho de haber desobedecido el mandato de la norma que los obligaba a actuar.

⁸⁷ Y me refiero a la calidad de autor del superior jerárquico basada en la figura de la comisión por omisión, que permite asimilar un comportamiento omisivo a uno comisivo, a efectos de reprochar al omiso por el resultado lesivo y no por la simple omisión (omisión propia).

resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”.⁸⁸ Sobre esta base, en interpretación armónica del sistema nacional con las normas internacionales ratificadas por la República, según se desprende del artículo 87 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, se puede entender que el superior se encuentra en posición de garante respecto al comportamiento de sus subordinados, de donde surgiría el deber del jefe militar de impedir los crímenes de sus subordinados.⁸⁹

A su vez, la omisión de actuar del superior, establecida en el orden internacional por los artículos 86.2 y 87 del Protocolo I de 1977,⁹⁰ debe ser equiparada a una conducta activa cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación (artículo 3 del CP). Y este juicio de equivalencia, a efectos de no vulnerar el principio de culpabilidad, sólo podría realizarse cuando la intención y el conocimiento de los hechos del superior (dolo) abarquen dicho resultado, al menos como la no evitación de aquello que no se quiso, pero que fue previsto como posible (dolo eventual, artículo 18.2 del CP). El superior puede ser castigado por omisión en su deber de control sobre los subordinados (ausencia de control), como tipifica el artículo 10 del proyecto II, aunque permanezca la duda entre la responsabilidad por omisión y su posible responsabilidad como partícipe (coautor o cómplice) cuando tuviera conocimiento previo de los hechos y, por ejemplo, hubiera prometido encubrir el delito.⁹¹

Según el ordenamiento uruguayo al superior siempre podrá reprochársele el comportamiento omisivo, pero no podría —como pretende el Estatuto— al mismo tiempo o de forma acumulativa también considerar una responsabilidad en cuanto a

⁸⁸ Las interrupciones de este curso causal hipotético se encuentran, al igual que en el Código Penal italiano, en determinadas concausas que pueden ser preexistentes, supervinientes o simultáneas al hecho, cuando las mismas han sido imprevisibles (artículo 4 CP). Sin embargo, como ocurre con los delitos de comisión por omisión, a diferencia de la omisión propia que debe ser claramente establecida, dicha norma no especifica cuándo se tiene la obligación de impedir un resultado; por ello habría que recurrir a la interpretación de la doctrina mayoritaria para delimitar el alcance de la posición de garante.

⁸⁹ Por su parte, la conducta de un superior civil, según el ordenamiento jurídico uruguayo sería más complicado de fundamentar ante la carencia de una norma internacional. De todas formas, se puede trasladar a este caso, los aspectos que aquí se mencionan para el superior jerárquico de rango militar, ya que dichos civiles cumplen de hecho funciones de mando.

⁹⁰ Según el artículo 86.2 del primer Protocolo Adicional, el detonante de la responsabilidad del superior se encuentra en la circunstancia de estar en conocimiento tal que le permitiera concluir que un subordinado había cometido o estaba por cometer una infracción contra el derecho humanitario, y ante esa evidencia no tomó las medidas pertinentes o no impidió la realización del delito. Sin embargo, el artículo 28 del Estatuto se apartó de la redacción del primer Protocolo Adicional y vinculó la responsabilidad del superior civil al hecho de que “*hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*”.

⁹¹ Para ser considerado coautor según el sistema uruguayo el superior debió haber cooperado activamente en el momento de la consumación (artículo 61.3), haber inducido a su comisión (artículo 61.1), haber prometido encubrirlo (artículo 61.2) o cooperado en la realización en el momento de la preparación o ejecución, con un acto sin el cual el delito no hubiera podido realizarse (artículo 61.4). Para ser cómplice basta cooperar moral o materialmente con el delito a través de hechos anteriores o simultáneos a la ejecución pero extraños y previos a la ejecución (artículo 62).

su participación como coautor o cómplice.⁹² En ese sentido, el proyecto I, que remite al Estatuto, y el artículo 10 del proyecto II trasladan los inconvenientes del artículo 28 del Estatuto al no diferenciar las conductas del superior en cuanto a impedir la comisión de los crímenes y delitos tipificados en los títulos I a III de la parte II por sus subordinados cuando hubiere sabido o debido saber sobre su comisión (omisión de control) y la conducta referida a la represión de los autores (omisión de denunciar). Pero además, sigue estando oscura la diferenciación entre un tipo de omisión propia o impropia, que al derecho internacional parece no importar, pero sí tiene incidencia en el ordenamiento nacional por una cuestión de proporcionalidad entre el injusto, la culpabilidad y la pena.⁹³ De todas formas, la mayor contradicción la pone de manifiesto Weigend cuando sostiene que la omisión de realizar acciones de salvamento que eran exigidas al superior por el hecho de estar en conocimiento (dolo) o deber conocer (imprudencia) y no impedir el resultado teniendo la posibilidad de hacerlo, provoca una fricción dogmática insalvable entre una comisión imprudente de un delito doloso.⁹⁴ Estas contradicciones requieren la tipificación separada de supuestos que tienen distintos requisitos subjetivos (el superior no puede actuar culpablemente sobre un deber de control y al mismo tiempo dolosamente respecto a los crímenes cometidos por sus subordinados), pero además debería considerarse que, según dispone el artículo 25.3.b del Estatuto, la responsabilidad individual del superior debería referirse a la emisión de una orden de cometer delitos (comportamiento activo) y no a una omisión de control como dispone el artículo 28.⁹⁵

⁹² De otra opinión, Ambos: “Un superior que tenga conocimiento de las atrocidades cometidas por sus tropas puede ser tenido por responsable como cómplice (ayudando y encubriendo) por, al menos psicológicamente, alentar y animar a las tropas; el superior también puede ser responsable mediato del mando por no impedir las atrocidades” [...] y si bien esta responsabilidad paralela puede llamar a confusión, “es una consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad de mando. La aparente contradicción puede reconciliarse arguyendo una prevalencia de la responsabilidad por hechos sobre la responsabilidad por omisión (principio de subsidiariedad) si las diferentes formas de conducta en cuestión se encuentran temporal y subjetivamente interrelacionadas”. Véase Ambos: *Principios generales...*, o. cit., pp. 47 s. De todas formas el Código Penal Internacional alemán (VStGB) diferenció las distintas conductas del artículo 28 Estatuto y tipificó en los § 13 y 14 los delitos de “infracción del deber de vigilancia” y la “omisión de comunicación de un delito” y en el § 4 la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”.

⁹³ Como entiende Ambos, al superior sólo le puede ser exigido un debido control de sus subordinados mediante la ejecución de las acciones establecidas en el artículo 28 del Estatuto, pero no el impedimento directo del resultado. “El superior no ‘comete’ —en el sentido de un delito de omisión ‘impropia’— los crímenes base ‘por omisión’ de su deber de vigilancia, sino que omite —en el sentido de un delito de omisión ‘propia’— ‘solamente’ la realización de determinados comportamientos debidos, con la consecuencia de que no se impide el resultado delictivo causado por el o los subordinados. De este modo, resulta claro que el quebrantamiento de la norma por el superior tiene otra cualidad que la del autor de un delito de omisión ‘impropia’”. Véase Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*, p. 678; cit. por Ezequiel Malarino: “La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay. Aspectos legales, institucionales, participativos y Plan de Acción”, en Jorge Rolón Luna (comp.), Asunción, 2004, p. 198.

⁹⁴ Véase Weigend: o. cit., p. 1397.

⁹⁵ Según la doctrina más especializada, esta figura requiere de una mayor concretización y aclaración. Véase Cherif Bassiouni: *Crimes against Humanity...*, o. cit., p. 302. Si partimos de la base de que la ignorancia negligente de un deber de control

4.3. Problemas con las eximentes (*defences*) La obediencia al superior

En derecho penal internacional todavía no ha sido aceptada la diferenciación entre causas de justificación (injusto) y causas de inculpabilidad (culpabilidad), que son todas englobadas en la categoría de eximentes o *defences*. El Estatuto ha considerado con especial atención la eximente de la actuación bajo órdenes superiores a sabiendas de que había sido la defensa más utilizada en los juicios de Núremberg.⁹⁶ En el artículo 33 del Estatuto se dice que se puede llegar a eximir de responsabilidad a quien haya cumplido órdenes superiores sin conocimiento de la antijuridicidad, siempre que éstas no hubieran sido manifiestamente ilícitas.⁹⁷ El Código Penal uruguayo considera la denominada obediencia al superior como una causa de justificación (artículo 29), y exime de responsabilidad a quien ejecuta un acto por obediencia debida.⁹⁸ En esa misma línea, el artículo 5 del proyecto I (que no se aparta de la formulación del artículo 33 del Estatuto) admite el cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales como una eximente o un justificativo de responsabilidad, siempre que el inferior o subordinado: a) *estuviese obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate*; b) *no supiera que la orden era ilícita*; c) *la orden no fuera manifiestamente ilícita*.

inherente al cargo oficial permitió la comisión de atroces crímenes por parte de sus subordinados, significa que nos encontramos frente a una omisión. Ahora bien, entre otros inconvenientes, el artículo 28 del Estatuto parecería también exigir una responsabilidad por negligencia respecto de actos intencionales o dolosos, ya que el superior podría responder por aquellos actos de sus subordinados que le eran desconocidos pero debía conocer, lo cual podría ser incompatible con el principio de culpabilidad. Por ello, Ambos propone la creación de un tipo específico de “falta de supervisión debida”, que tendría una pena más agraciada que la omisión intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos internacionales. Según este autor, la tarea futura de la jurisprudencia internacional no radica en incrementar la responsabilidad del superior hasta derivar en una especie de responsabilidad objetiva, sino, por el contrario, crear determinados criterios que limiten la amplia responsabilidad tipificada en el artículo 28 del Estatuto. Véase Ambos: “La responsabilidad del superior...”, o. cit., p. 476. De todas formas, cabe aclarar que siempre que pueda probarse en el caso concreto el elemento previsibilidad, cuando era exigible en atención a la función guardar el debido cuidado, no estaríamos en el campo de la responsabilidad objetiva. Lo que habría que delimitar con claridad es la naturaleza de dicha omisión, y en ese sentido, debe considerarse la propuesta de Ambos de crear un *tipo de falta de supervisión debida*.

⁹⁶ Véase Ambos: “Hacia el establecimiento...”, o. cit., p. 12.

⁹⁷ De esta posibilidad únicamente se exceptúan los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, considerados manifiestamente ilícitos. Véase el artículo 33.2 del Estatuto.

⁹⁸ Artículo 29. “Obediencia al superior. Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida. La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones: a) Que la orden emane de una autoridad. b) Que dicha autoridad sea competente para darla. c) Que el agente tenga la obligación de cumplirla”. El contrasentido de esta causa de justificación se ha visto aumentado con la adenda del artículo 77 de la ley 17 243 de 20-1-2001 (Ley de Urgencia), agregado al 29 CP, que permite (dentro del cumplimiento de la ley y como causa de justificación) al personal militar que custodia la seguridad externa de establecimientos de detención, recintos militares u organismos del Estado, incluso dar muerte —llegado el caso— a cualquier sujeto que pudiera poner en “peligro” la “seguridad externa”. Véase en posición crítica Pablo Galain: “Informe Uruguay”, en *Revista Penal*, n.º 13, Madrid: La Ley, diciembre 2003, p. 240; de otra opinión, Miguel Langón: *Curso de Derecho Penal*, o. cit., p. 273.

Por el contrario, el proyecto II en el artículo 9 entiende que la obediencia debida no puede convertirse en una causa de justificación; de esta forma, sigue los lineamientos de la normativa internacional.⁹⁹ En cuanto al cumplimiento de órdenes superiores, a lo sumo puede llegar a considerarlas una atenuante de responsabilidad,¹⁰⁰ y no, como disponen el Estatuto o el proyecto I, eximir de responsabilidad a quien pretende ampararse en dicha excusa. Así las cosas, al momento de la implementación el artículo 29 del CP debería abandonar el Código Penal para instalarse en un Código Penal Internacional o el Código Penal Militar, como han decidido el legislador alemán¹⁰¹ y el español,¹⁰² o al menos abandonar el lugar que ocupa entre las causas de justificación e integrar el artículo 46 del CP,¹⁰³ es decir, entre las circunstancias atenuantes del grado de la pena, teniendo en cuenta (según exige el propio artículo 29.2 del CP) *la jerarquía administrativa y la cultura del obligado*, así como *la gravedad del atentado*.

⁹⁹ Esto ha acontecido de esta manera desde el reconocimiento efectuado por la Carta del Tribunal de Núremberg (artículo 8), por el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (artículo 5), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (artículo 7.4) y Ruanda (artículo 6.4), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2.3), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 8), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 4), el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto a las violaciones de derechos humanos producidas en Argentina durante el gobierno militar (UN Doc. CCPR-C-79-Add. 46, 1995, el pronunciamiento de la Corte Interamericana (caso *Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre c/ Perú*, de 14 de marzo de 2001, § 41). Todos citados en el informe de Amnistía Internacional (AMR 52-001-2003) titulado *Memorial de Amnistía Internacional Uruguay sobre el proyecto de Ley donde se establecen procedimientos para la aplicación en el ámbito interno del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, disponible en Internet en www.amnistiauruguay.org.uy.

¹⁰⁰ Esta atenuante de pena se fundaba en una menor culpabilidad del subordinado que cumplía órdenes superiores, reconducida a un error vencible de prohibición o a una situación de exigibilidad disminuida por miedo o una actuación bajo coacción. Los tribunales de Núremberg, Tokio, la antigua Yugoslavia y Ruanda prescindieron de la fórmula de la manifiesta injusticia de la orden, por lo que la obediencia debida —a lo sumo— podía mitigar la responsabilidad. “Porque al desvincularse la regulación de esta circunstancia del carácter manifiesto del error, desaparecería la posibilidad de considerarlo ‘razonable’, con el consiguiente efecto de exclusión de la antijuridicidad”. Véase Carmen Gómez Rivero: “¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, n.º 14, julio 2004, Madrid, pp. 45 s.

¹⁰¹ Según el § 3 del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), la obediencia debida en el ámbito militar se considera una causa de exclusión de la culpabilidad, toda vez que el autor no conozca la antijuridicidad de la orden, cuando ésta no sea evidente.

¹⁰² Según el artículo 21 del Código Penal Militar español, no será eximente ni atenuante la actuación obediente cuando la orden entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, principalmente contra la Constitución.

¹⁰³ Además de ser criticable su ubicación como causa de justificación cuando parecería tratarse, en todo caso, de una eximente de responsabilidad (causas de impunidad para la terminología del Código Penal uruguayo. Véanse algunas críticas a éstas en Gastón Chaves: “La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad en el Derecho Uruguayo”, en Dardo Preza: *Estudios de la parte especial...*, o. cit., tomo I, pp. 89 y ss.) o a lo sumo de una atenuante, es decir, una condición que si se produce, exime o mitiga el castigo del autor de una conducta delictiva que de ninguna forma podría considerarse justificada, pues no obedece a la defensa de ningún valor de mayor consideración que el simple cumplimiento de órdenes superiores, debe decirse, que la *ratio legis* de esta eximente no se condice con el espíritu liberal de la Constitución de la República. Su ubicación en el sistema uruguayo es rechazable, entre otras razones porque su naturaleza de causa de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien jurídico, que por la mayor importancia de otro bien se permite atacar.

4.4. Problemas con el principio de proporcionalidad

Cualquiera de los proyectos uruguayos que reenvían al artículo 7 del Estatuto podría lesionar el principio de proporcionalidad en cuanto proponen una pena genérica para conductas que son disímiles en cuanto a la dañosidad social. En ese sentido, convendría diferenciar la graduación de las penas según la naturaleza y la gravedad de la conducta prohibida. No puede desconocerse que existen diferencias en cuanto al injusto penal que deben incidir necesariamente en la dosimetría penal, pues no tiene el mismo contenido de desvalor ni causa la misma dañosidad social una conducta de *exterminio* que una de *deportación o traslado forzoso*. Por tanto, a cada modalidad de delito de lesa humanidad debería corresponder un mínimo y un máximo de pena, según criterios relacionados con los fines de ésta que permitan al juez la aplicación de la pena al caso concreto.

4.5. Problemas con las consecuencias jurídicas. La pena de cadena perpetua

El derecho penal internacional tiene un alcance más limitado que el nacional; por ello, sólo puede cumplir una función de protección de los bienes jurídicos más importantes. Si se considera —como lo hace la doctrina actual— que el derecho penal debe cumplir una finalidad determinada, en el ámbito internacional debería ser la protección de aquellos derechos que son fundamentales para toda la humanidad. Desde ese punto de vista podría entenderse que tradicionalmente el castigo impuesto por tribunales internacionales se haya basado en fines retribucionistas,¹⁰⁴ que aceptan la pena de muerte o la cadena perpetua.¹⁰⁵ El Estatuto prevé como pena principal una pena privativa de libertad de hasta treinta años o una pena de cadena perpetua (artículo 77). Sin embargo, en Uruguay no existe la privación de libertad por tiempo ilimitado, expresamente prohibida por la Constitución (artículo 26). En

¹⁰⁴ Véase Hans-Heinrich Jescheck: *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191 y s.; cit, por K. Ambos y C. Steiner: "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, p. 205. Como indican Ambos y Steiner, el derecho penal internacional debería cumplir con el propósito de crear una conciencia jurídica universal en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llame a la reconciliación, sin renunciar al efecto de prevención general negativo o disuasor. *Ibidem*, p. 211.

¹⁰⁵ Recientemente Findlay y Henham han propuesto trasladar los principios de la justicia restaurativa desarrollada en el sistema del *common law* al Derecho Penal Internacional, propuesta que considerando el catálogo de conductas que atañen a la CPI parecería falta de sentido o proporcionalidad entre la conducta criminal y la respuesta al mismo. Véase Mark Findlay y Ralph Henham: *International Criminal Justice*, Cullompton: Link Willan, 2004, pp. 314 ss.

el Código Penal (título V, “De las penas”, capítulo I, “De su enumeración y clasificación”) se enumeran en el artículo 66 CP las penas principales,¹⁰⁶ y en el artículo 67 CP las accesorias.¹⁰⁷ En el capítulo II del título V (artículos 68 y ss.) se establecen los límites, naturaleza y efectos de las penas. De allí deriva que la duración máxima de una pena en Uruguay no puede superar los 30 años (artículo 68 del CP), y que ésta se aplica para el delito más grave contra el bien jurídico máspreciado, esto es, para el delito de homicidio muy especialmente agravado (artículo 312 del CP). Además, la Constitución uruguaya en su artículo 26 establece la finalidad de las penas, entre las cuales destaca la prevención especial positiva o resocializadora, la cual no podría realizarse mediante una pena de reclusión perpetua.¹⁰⁸ Por tanto, Uruguay no está obligado a adoptar en su ordenamiento la *cadena perpetua* (artículo 80 del Estatuto), la cual no debe reproducirse en la ley uruguaya de implementación, pero además, en el supuesto caso de que se produjera una solicitud de entrega por parte de la CPI, Uruguay podría exigir como condición la no aplicación de dicha pena.¹⁰⁹ Cabe mencionar que acertadamente ambos proyectos rechazan este tipo de pena.

4.6. Problemas con determinados privilegios previstos en la Constitución

4.6.1. Inmunidades e inviolabilidades

a. El sistema jurídico uruguayo no admite distinguos entre las personas frente al imperio de la ley (artículo 8 de la Constitución), que obliga a nacionales y extranjeros

¹⁰⁶ Son penas principales: a) penitenciaría; b) prisión; c) inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos; d) inhabilitación especial para algún cargo u oficio público; e) inhabilitación especial para determinada profesión académica, comercial o industrial; f) multa.

¹⁰⁷ Son penas accesorias: a) inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos, derechos políticos, profesiones académicas, comerciales o industriales; b) suspensión de cargos u oficios públicos o profesiones académicas, comerciales o industriales, la pérdida de la patria potestad y de la capacidad para administrar, en los casos en que, no imponiéndose las sentencias, la ley ordena que otras penas las lleven consigo.

¹⁰⁸ Los criterios de medición de la pena considerados en el artículo 78 indican como parámetros únicamente la gravedad del crimen y las circunstancias personales del autor. A su vez, en el canon 145, capítulo 7, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se exige la ponderación de las atenuantes y agravantes, las circunstancias del condenado y del crimen, junto con la magnitud del daño causado a las víctimas y sus familiares, los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la edad, instrucción, condición social y económica del condenado. Véase al respecto Fernando Velásquez: “La determinación de la pena el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, pp. 196 s. Sobre las reglas de determinación de las penas en el sistema penal uruguayo, véase Pablo Galain: “La relación existente entre el principio de culpabilidad y los fines de la pena”, en Preza: *Estudios de la parte especial...*, o. cit., pp. 246 y ss; Chaves: o. cit., p. 138.

¹⁰⁹ Esa misma condición tendría que imponer Uruguay para el caso de recibir un penado por la CPI que debiera cumplir pena en Uruguay.

(artículo 9 del CP), civiles o militares (artículo 253 de la Constitución) dentro de su jurisdicción. En ese sentido no habría inmunidades personales; sin embargo, hay ciertas inmunidades funcionales y privilegios procesales derivados del derecho constitucional e internacional.¹¹⁰

b. Cabe recordar que, según las pautas del artículo 27 del Estatuto, sus normas se aplicarán a todos los individuos sin distinción; sin embargo, la decisión respecto a la entrega de un sospechoso a la CPI generalmente queda en manos del Poder Ejecutivo, y el Poder Judicial es un mero ejecutor de órdenes restrictivas de derechos, pero no de decisión sobre la entrega. En ese sentido podrían producirse complicaciones respecto a las inmunidades de determinadas funciones, como la del presidente de la República o de los parlamentarios en ejercicio del cargo, ya que “las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. En ese caso, como indica Malarino, habría que distinguir si la inmunidad se opone: a) a la CPI;¹¹¹ b) a un tercer Estado;¹¹² c) a un tribunal del propio Estado. Por su parte, la doctrina internacionalista, desde Núremberg (artículo 7) hasta los tribunales ad hoc para la antigua Yugoslavia (artículo 7) y Ruanda (artículo 6), ha adoptado el principio de *irrelevancia del cargo*, lo que coadyuvaría a una interpretación abrogatoria de las inmunidades funcionales reconocidas en el ordenamiento nacional frente a la CPI. Debe quedar claro que “desde un punto de vista sustantivo, la responsabilidad penal internacional del individuo no se ve afecta-

¹¹⁰ Existe inmunidad y un privilegio procesal para los diplomáticos acreditados en la República en los casos previstos por el derecho internacional (artículo 239.1 de la Constitución), militares extranjeros que están de paso en territorio uruguayo previa autorización (artículo 85.11 de la Constitución) y tripulantes de buques públicos extranjeros en aguas jurisdiccionales uruguayas (artículo 9 del Tratado de Montevideo, ley del pabellón), ya que la jurisdicción uruguayá deja paso a la del país al que pertenecen estos sujetos en funciones (artículo 7 del Tratado de Montevideo de 1889). Cabe aclarar que la inmunidad y los privilegios procesales para los diplomáticos extranjeros se rige exclusivamente por las disposiciones del derecho internacional público (derecho diplomático) y se basa en el cumplimiento del cargo o función. Véase el Estatuto de los Agentes Diplomáticos en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas. La inmunidad y el privilegio de los diplomáticos alcanza la inviolabilidad (personal y de residencia) y la inmunidad (civil y penal). El alcance de la inmunidad tiene como límite la renuncia a dicha inmunidad por parte del Estado al que dicho funcionario pertenece. Véase el artículo 19 de la Convención de La Habana de 1928 sobre Agentes Diplomáticos. También si el agente renuncia a sus inmunidades, autorizado por su gobierno, cae bajo el imperio de los tribunales y leyes del Estado que lo ha recibido. Véase Viera: o. cit., p. 75. Por más que Uruguay carece de normas específicas, también tienen inmunidad los presidentes de Estados extranjeros.

¹¹¹ En este caso la ratificación del Estatuto obliga a cooperar con la CPI y a aceptar los compromisos asumidos en cuanto a la jurisdicción de la CPI, por lo que oponer una inmunidad frente a la CPI haría a dicho Estado incurrir en responsabilidad internacional. Véase Ezequiel Malarino: “Reporte final”, en *La implementación del Estatuto de Roma en Paraguay*, p. 209. En mi opinión, dicha inmunidad no sería relevante frente a la CPI por imperio del artículo 27 Estatuto.

¹¹² Ante el requerimiento de un tercer Estado, se podrían hacer valer la inmunidad y los privilegios mientras la persona ejerza la función protegida. Véase Malarino: “Reporte final”, o. cit., p. 210.

da por el cargo o posición ostentados por la persona afectada. Y desde un punto de vista adjetivo, las inmunidades de los representantes estatales no constituyen obstáculo para su enjuiciamiento por parte de instituciones judiciales supranacionales”.¹¹³

Ahora bien, habría que distinguir, si se trata de un ex mandatario, o un mandatario en funciones. En el primer caso, la idea de la inmunidad absoluta es insostenible. En el segundo, la jurisprudencia internacional entiende que la inmunidad sigue operando para los tribunales nacionales y para otros Estados.¹¹⁴ Sin embargo, el Estatuto ha marcado un nuevo rumbo al impedir que dicha inmunidad pueda ser oponible ante la CPI cuando se dice en el artículo 27.1 que “el presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno [...]”. Es evidente que el cometido de la CPI es evitar la impunidad de aquellos que no pueden (o no quieren) ser juzgados por los propios Estados, sea por impedimentos provenientes del derecho interno o de compromisos internacionalmente adquiridos; por ello dice el artículo 27.2 que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

En cuanto atañe al ordenamiento nacional, la Constitución uruguaya sólo ampara con el beneficio de la inmunidad a los parlamentarios por sus dichos en el ejercicio del cargo y al presidente de la República por la comisión de delitos no graves, es decir, aquellos con penas inferiores a dos años de penitenciaría. Esto indica que no sería necesaria una reforma constitucional respecto a los crímenes y delitos competencia de la CPI, frente a los cuales no se podría oponer ninguna inmunidad por motivo de ejercicio del cargo. Y en ese sentido, por una cuestión de política de Estado (no ya de política criminal), no debería defenderse la opción contraria, es decir, la adaptación del Estatuto al instituto de la inmunidad o el privilegio, sino que debería legislarse a favor de la irrelevancia del cargo frente a la CPI, consagrando de esa forma la entrega de cualquier ciudadano uruguayo a la CPI toda vez que no fuera

¹¹³ Véase Ángel Sánchez Legido: *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 341.

¹¹⁴ Véase la sentencia de 12 de febrero del 2003 del Tribunal Supremo Belga contra Ariel Sharon, *Aff. Hijazi S. et crts. c/ Sharon A. et Yaron A*, n.º JC032C1_1, en *Cour de Cassation*, <http://www.cass.be-juris>.

juzgado por los tribunales nacionales. Cabe mencionar que ninguno de los dos proyectos presentados al Parlamento uruguayo toma posición sobre la irrelevancia del cargo frente a la CPI.

4.6.2. *Tratados bilaterales con los Estados Unidos*

Pese a la presión política ejercida por los Estados Unidos,¹¹⁵ a la fecha Uruguay no ha firmado ningún tratado bilateral que exonere a los ciudadanos norteamericanos de responsabilidad penal por los crímenes y delitos competencia de la CPI.¹¹⁶

4.7. La entrega de nacionales

El procedimiento por el cual un Estado pone un sospechoso a disposición de la CPI se denomina *entrega*, mientras que, cuando se realiza la entrega a otro Estado, permanece el nombre de *extradición* (artículo 202 del Estatuto). Según el artículo 120, ningún país puede adherirse al Estatuto mediante reservas, esto es, no puede haber limitaciones a las obligaciones que cada Estado contrae con la CPI. En ese sentido, ningún país podrá negar la entrega de un sospechoso con la excusa de que se trata de un nacional y que por mandato de la Constitución se prohíbe la extradición de nacionales, como sucede en países como España, Japón, Alemania o Brasil.¹¹⁷ De

¹¹⁵ Véase 106th Congress 1st Session HR 2381 de 1999, que dictó la *Protection of United States Troops From Foreign Prosecution*, por la cual, los Estados Unidos retiran toda ayuda económica a los países que ratifiquen el Estatuto. Además, la ratificación se considerará un acto de enemistad con los Estados Unidos, y se tilda a la CPI de institución ilegítima e ilegal, por violar los principios de autoridad, soberanía y demás normas de derecho internacional. Disponible en <http://cndyorks.gn.apc.org-caab-articles-USprotect.htm>. Se puede consultar también la *American Servicemembers Protection Act of 2000 (ASPA)*, que declara, entre otras cosas, la inmunidad para los miembros de las fuerzas armadas estadounidenses frente a la CPI y prohíbe la cooperación de Estados Unidos con la CPI. Véase Jorge Pérez Otermin: *Introducción a la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma*, Montevideo: Amalio Fernández, 2002, pp. 116 y ss.; David Scheffer: "The United status and the International Criminal Court", en *The American Journal of International Law*, enero 1999, vol. 93, n.º 1, pp. 13 s.

¹¹⁶ Si bien el artículo 98 del Estatuto parecería dejar abierta la posibilidad de firmar convenios de impunidad con algún Estado en particular, cabe decir que dicho artículo se refiere a los convenios ya firmados por los Estados parte; por tanto, los venideros deberían adaptarse al contenido del Estatuto. La *ratio* de este artículo no sería dejar una puerta abierta para acuerdos de impunidad, sino que el funcionamiento de la CPI no interfiriera con tratados internacionales ya existentes, especialmente respecto a los convenios sobre inmunidades diplomáticas. En ese sentido la potestad que se arroga el propio Poder Ejecutivo uruguayo en el proyecto 1, en cuanto a resolver por sí mismo cuestiones de inmunidad según el artículo 98 del Estatuto, debería rechazarse y someterse al control de los otros poderes de la República. Sobre las posibles razones por las que los Estados Unidos no reconocen la jurisdicción de la CPI y han iniciado campaña internacional en su contra, véase Chistoph Grammer: "El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina", en *Temas actuales del derecho penal internacional*, o. cit., pp. 55 ss.

¹¹⁷ La situación con Brasil, país socio en el Mercosur, es por demás curiosa. Por el Tratado de Extradición de Criminales de Río, de fecha 27-12-1916, Brasil incluyó como obstáculo insuperable la extradición de nacionales, por lo que obligó a Uruguay a recurrir al principio de reciprocidad. Por tanto, el artículo II.b del Tratado dice: "la extradición no será concedida respecto de los nacionales de

todas formas, aquellos países que niegan extraditar nacionales deberán proceder a su juzgamiento en el orden interno, es decir, esta norma no debe conducir a la impunidad del sospechoso.¹¹⁸ Ahora bien, en el caso uruguayo, ni la Constitución de la República ni el Código Penal¹¹⁹ se oponen a la extradición de nacionales.¹²⁰

4.8. Problemas con la potestad de otorgar amnistías e indultos

a. El ordenamiento uruguayo reconoce dos formas de extinguir el delito: la amnistía (artículo 108 del CP) y la gracia (artículo 109 del CP). La primera la otorga la Asamblea General por mayoría absoluta de votos, y tiene reconocimiento constitucional;¹²¹ la segunda se otorga en ocasión de la “visita de cárceles y causas” que los ministros de la Suprema Corte de Justicia realizan una vez al año.¹²² Preocupó especialmente a la delegación que representó a Uruguay en el Congreso de Roma el tema de la amnistía, el indulto o el perdón que un Estado hubiera otorgado en forma interna, en relación con la actuación futura de la CPI y su posible desconocimiento por una jurisdicción supranacional. En las negociaciones se pretendió agregar en el artículo 17 del Estatuto la palabra *infundadamente*, a efectos que no se pudiera con-

cada país, por nacimiento o naturalización obtenida antes del hecho criminal”. Esto obligaría a la formalización de un Tratado del Mercosur sobre Extradición, en vista de que sólo serían extraditables los ciudadanos argentinos, paraguayos y uruguayos, quienes no cuentan con dicha prohibición en sus ordenamientos jurídicos. De la misma opinión, Langón propone tomar como base la Convención Interamericana sobre Extradición de Caracas 25-2-1981 y el Tratado Modelo de las Naciones Unidas de 1991, junto con las características propias de las legislaciones nacionales. Véase Langón: “La extradición...”, o. cit., pp. 110 y 116.

¹¹⁸ En el caso de Brasil, la ley 6 815 de 28-6-1980 exige que Brasil castigue los delitos cometidos por brasileros en el extranjero. Sin embargo, el Convenio de Dublín de 27 de setiembre de 1996 sobre extradición en el ámbito de la Unión Europea indica en el artículo 7 que la entrega de un *extraditatus* no es una facultad sino una obligación del Estado requerido, siempre que en la jurisdicción extranjera se respeten los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

¹¹⁹ Según el artículo 13 del CP: “La extradición no es admitida por delitos políticos, por delitos comunes conexos a delitos políticos, ni por delitos comunes cuya represión obedezca a fines políticos. Tampoco es admisible, cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional. La extradición puede otorgarse u ofrecerse aun por delitos no contemplados en los tratados, siempre que no existiere prohibición en ellos”. Tampoco el artículo 32 del Código del Proceso Penal, que habría derogado por ley posterior al artículo 13 del CP, establece ninguna prohibición respecto a la extradición de nacionales. Se puede consultar el artículo 34 de la ley 17 060 (Anticorrupción) que modificó algunas bases de la extradición para los delitos de soborno y cohecho internacional y blanqueo de dinero —por ejemplo, admitiendo la renuncia al principio de la doble incriminación, a efectos de facilitar los procesos de extradición—. En ese sentido se siguieron los lineamientos generales en la lucha contra la criminalidad organizada (artículo 3 Convenio de Dublín de fecha 27-9-1996).

¹²⁰ Uruguay se ha mantenido fiel al principio de no incidencia de la nacionalidad de la persona reclamada, por lo que dicho aspecto no impedirá la sustanciación de un pedido de extradición o de entrega. Véase Vieira y García: o. cit., p. 181.

¹²¹ Artículo 85.14: “A la Asamblea General compete: 14) [...] acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”.

¹²² Véase el artículo 20 de la ley 15 737 de 8-3-1985: “La gracia que extingue el delito y opera el sobreseimiento de la causa será otorgada por la Suprema Corte de Justicia en acto de visita de cárceles y de causas que efectuará, por lo menos, una vez al año. En dicha oportunidad podrá, asimismo, excarcelar provisionalmente a los procesados cualquiera fuera la naturaleza de la imputación. Ambas facultades se ejercerán de oficio o a petición de parte”.

siderar una falta de voluntad de juzgar o perseguir los crímenes internacionales por parte de las autoridades nacionales cuando una ley de amnistía confirmada por referéndum hubiera brindado impunidad a presuntos criminales contra los derechos humanos.¹²³ De esta forma, según uno de los miembros de la delegación uruguaya en las negociaciones de Roma, Uruguay defendió “el principio de autodeterminación de la ciudadanía, libremente expresado ya sea a través de sus legítimos representantes, como directamente, en un referéndum con todas las garantías de un Estado de Derecho”.¹²⁴

La situación parecería complicarse desde un punto de vista jurídico penal por el hecho de que algunos de esos delitos se consideran continuados en el tiempo (por ejemplo, la desaparición forzada de personas) y porque tales delitos son imprescriptibles (artículo 29 del Estatuto, artículo 7 del proyecto II).¹²⁵ Además, por lo que opina determinado sector de la doctrina, en el Cono Sur la lucha contra un enemigo interno derivó en un verdadero genocidio,¹²⁶ y es sabido que ningún sistema interno

¹²³ Según la propuesta uruguaya, el artículo 17 debería decir: “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto *infundadamente* a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento no pueda realmente hacerlo [...] 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito *infundado* de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispone en el artículo 5 [...]”.

¹²⁴ Véase Pérez Otermin: o. cit., p. 101. Es sabido que Uruguay no ha ejercido su jurisdicción contra presuntos autores de delitos de lesa humanidad, basado en el argumento de que una ley de amnistía (ley 15 848), refrendada por votación popular en referéndum, que ha otorgado un manto de impunidad sobre determinados militares y policías que presuntamente cometieron reiterados delitos de lesa humanidad en la llamada *guerra sucia*, según los lineamientos del plan Cóndor, que coordinó el interés de los Estados Unidos con las dictaduras del Cono Sur y plasmó *la doctrina de la seguridad nacional*. Se puede consultar Cynthia Brown y Robert Goldman: “Challenging Impunity: The ‘Ley de Caducidad’ y Referendum Campaign in Uruguay”, en *Americas Watch*, Nueva York, 1989, donde se explican las especiales circunstancias político-sociales en las que se realizó dicha consulta popular, dominada por el miedo a un posible golpe de Estado militar, que obedecía —según estos autores— más a una campaña mediática que a la voluntad de los viejos *golpistas*. También Emilio García Méndez: *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires: Hammurabi, 1987, pp. 245 y ss.; Roberto Bergalli: “El vuelo del Cóndor sobre la cultura jurídica y el sistema político”, en Samuel Blixen: *Operación Cóndor*, Barcelona: Virus, 1998; y, en particular, Gonzalo Fernández: *La elaboración jurídico penal del pasado en el Uruguay*, Instituto Max Planck, en prensa (agradezco al Prof. Jörg Arnold y a Jan Michel Simon por permitirme el acceso a dicho material).

¹²⁵ Uruguay no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, aunque existe un proyecto de ley en el Parlamento (Comisión de Asuntos Internacionales, carpeta 527 del 2000). Véase José Luis González, o. cit., p. 519.

¹²⁶ Véase Stella Calloni: *Los años del lobo. Operación Cóndor*, Buenos Aires: Peña Lilio, 1999, p. 16; cit. por Gonzalo Fernández: o. cit.

podría amnistiar a tales autores sin violar el derecho penal internacional.¹²⁷ En ese caso, ante la negativa del gobierno uruguayo a castigar tales conductas delictivas, con base en el argumento de la existencia de impedimento legal, bien podría pensarse que un órgano internacional como la CPI podría intervenir en uso de la jurisdicción complementaria. Sin embargo, en respeto de uno de los principios básicos del derecho penal, el artículo 11 del Estatuto establece claramente que “la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”; así como el artículo 24 dice: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.¹²⁸

De todas formas, si bien los autores de crímenes de lesa humanidad durante el período dictatorial no podrían ser juzgados por la CPI, ello no los exime de responder frente a cualquier otro Estado que reclamara su juzgamiento sobre la base del principio de legalidad internacional¹²⁹ y de jurisdicción universal.¹³⁰ Y esta potestad de los Estados de combatir la impunidad ejerciendo jurisdicción universal debe ser mantenida (con limitaciones o condiciones, como hacen los proyectos uruguayos) aun con posterioridad al Estatuto y la constitución de la CPI. A efectos de avalar esta afirmación, valga como ejemplo el caso de Augusto Pinochet,¹³¹ que ha restringido

¹²⁷ Principalmente me refiero al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que debería ser compatibilizado con el artículo 6.5 del segundo Protocolo adicional de las Convenciones de Ginebra que permite aplicar leyes de amnistía una vez terminadas las hostilidades con el objetivo de la reconciliación nacional.

¹²⁸ También en el orden internacional la irretroactividad de la ley penal se vuelve imperiosa cuando la nueva ley no es favorable al reo.

¹²⁹ Si consideramos el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de fecha 19 de diciembre de 1966, allí se estableció que los principios internacionales tendrán predominio sobre el derecho interno en todo caso que implique a una posible responsabilidad internacional. A partir de este pacto internacional nace un principio de legalidad internacional que establece que, aunque los hechos no fueran delictivos en el lugar de comisión —por ejemplo, el caso de Uruguay y el delito de tortura—, son igualmente perseguibles internacionalmente si al momento de su comisión dicha figura existiera como un delito contra la humanidad, o reconocido por la comunidad internacional. Por tanto, bastará con que un delito sea reconocido como tal por la comunidad internacional, aunque no lo sea en el orden interno, para que pueda ser perseguido por cualquier Estado. Obviamente, de encontrarse el presunto delincuente en territorio nacional, nuevamente se debería solicitar su entrega, a través del procedimiento de extradición, con todas las limitaciones que ello apareja para que dicha entrega se haga efectiva.

¹³⁰ En aplicación de la jurisdicción universal en casos de crímenes contra el derecho internacional, ha dicho Zuppi: “si la existencia de tal jurisdicción ha sido probada, una amnistía unilateral nunca podrá ser oponible al Estado que quiera ejercitar su competencia” (o. cit., p. 114).

¹³¹ Aquí el problema se planteó entre la validez de la cosa juzgada otorgada por leyes de impunidad, amnistía o indulto y el principio de justicia universal. La justicia universal actuaría cuando los intereses internacionales no se vean protegidos en el país donde se ha delinquido, o cuando dicho país renuncia a perseguirlos. En definitiva, dicho principio pretende “evitar la impunidad de estos delitos al amparo de normas internas y por eso, puede prevalecer sobre ellas”. Véase con mayores detalles Mercedes García Arán: “Crímen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet”, en García Arán y López Garrido (coords.): o. cit., p. 85. Los organismos

los viajes al extranjero de los violadores de derechos humanos, quienes sólo encuentran refugio, paradójicamente, en el territorio en el cual cometieron o avalaron los crímenes por los que no han respondido judicialmente.¹³²

Ahora bien, volviendo al tema de las potestades de la Asamblea General para otorgar amnistías y de la Suprema Corte de Justicia para otorgar la gracia, con el objetivo de evitar cualquier tipo de controversias futuras, soy de la opinión de que al momento de la implementación debería introducirse un artículo que indicara que no podrán ser otorgadas amnistías ni tampoco podrán recibir la gracia aquellos autores de los crímenes y delitos internacionales competencia de la CPI.

b. Con fecha 1.º de setiembre de 2004 el Poder Ejecutivo presentó al Parlamento el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmidades de la Corte Penal Internacional, suscrito en Nueva York el 30 de junio de 2004, a efectos de que la CPI goce en el territorio nacional de los privilegios e inmidades que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.¹³³ El Parlamento todavía no lo ha convertido en ley nacional, si bien se presume que lo sancionará en forma conjunta con la futura ley de implementación.

internacionales, como la ONU (CCPR-C-79-Add. 46) y la OEA (OEA-Ser. L-V-II.82-Doc. 28-92) se han pronunciado contra la validez de la ley de amnistía argentina; y la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 mayo de 1969, ratificada por Uruguay, dispone que las partes contratantes “no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un Tratado”. En el fondo se habla de la colisión de una decisión legislativa (ley de amnistía) con normas internacionales, o con el ordenamiento de otro país que se declara competente con base en dichas normas internacionales. Véase García Arán: o. cit., p. 86. En el caso uruguayo los militares y policías no fueron juzgados, por lo que no pueden haber sido indultados; fueron amparados por leyes de amnistía que impidieron al Poder Judicial nacional ejercer jurisdicción.

¹³² La paradoja se explica por una cuestión de encontrar una *solución política* antes que *jurídica* de un grave problema sufrido por una sociedad determinada que necesita dar por culminado un período de insurrección o de graves perturbaciones. La amnistía ha sido la figura tradicionalmente utilizada para la solución de graves conflictos sociales en la historia del Uruguay, y se ha dicho que “la adhesión entusiasta con que se recibió en todas las ocasiones, prueban suficientemente que responde a una faceta de nuestra psicología nacional”. Véase sobre el tema Juan Pivel Devoto y Alcira Ranieri: *La amnistía en la tradición nacional*, Montevideo: Por la Patria, 1985, p. 328. Me permito discrepar con el extinto historiador uruguayo en cuanto a esta expresión en lo que refiere a la aprobación popular respecto al período posterior a la dictadura de 1973-1984 y a la amnistía para militares y policías involucrados en la llamada *guerra sucia*, pues generalmente los pueblos aceptan “olvidar” a cambio de conocer la verdad de los hechos, y en ese sentido militares y policías no se han “ganado” el perdón de los ciudadanos uruguayos, pues no han hecho más que entorpecer la búsqueda de la verdad. Por ello, a pesar de la amnistía y de la actuación de la Comisión para la Paz (creada por resolución presidencial n.º 858-2000 y disuelta por resolución n.º 448-2003), todavía no puede hablarse en Uruguay de perdón ni olvido, sino simplemente de impunidad.

¹³³ Dicho proyecto de ley cuenta con un artículo único: “Apruébase el ‘Acuerdo sobre los Privilegios e Inmidades de la Corte Penal Internacional’, adoptado en la Asamblea de los Estados Partes realizada en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 9 de setiembre de 2002 y suscrito por el Gobierno de la República el 30 de junio de 2004”.

4.9. Problemas relacionados con la parte especial

El proyecto II propone la tipificación de una serie de crímenes que, si bien pueden parecer oportunos desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, desde la óptica de las víctimas potenciales merecen reparos desde el punto de vista del derecho penal. Así, en el artículo 24 se considera que un acto aislado de agresión sexual de cualquier índole contra una persona detenida —por ejemplo, en una dependencia policial— es un delito de lesa humanidad imprescriptible y con una penalidad que oscila entre dos y quince años.¹³⁴ Al parecer no se ha tenido en cuenta que la principal característica de los delitos contra la humanidad es la reiteración, que proviene de una conducta que se practica en forma sistemática y a gran escala, o que al menos se trate de una política de Estado o de prácticas toleradas por éste,¹³⁵ condonadas o consentidas por un gobierno o autoridad de facto.¹³⁶ Que esta característica es un ingrediente necesario del elemento objetivo de los crímenes se puede deducir de las primeras provisiones que precisan una lista de crímenes contra humanidad;¹³⁷ de allí la dañosidad social que justifica su consideración de delito internacional y legitima la imprescriptibilidad de su persecución.

Un homicidio o una violación de una persona detenida, si bien constituyen gravísimos delitos contra los derechos humanos (o, según las circunstancias, crímenes de guerra), no pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad si no forman parte de las características objetivas arriba mencionadas.¹³⁸ En todo caso, el genoci-

¹³⁴ Según Ferencz: “[...] los delitos contra la humanidad no representan incidentes aislados sino acciones de envergadura y sistemáticas, generalmente llevadas a cabo por autoridades oficiales que, por la dimensión de su brutalidad, convocan a la comunidad internacional al agredir y verse peligrar la conciencia humanitaria”. EPIL, instalment 1, 1992, at 869 y 870; cit. por Ambos: “Hacia el establecimiento...”, o. cit., p. 31. También Mario Madrid-Malo: “Un crimen de lesa humanidad: la desaparición forzada”, en *Nova Et Vetera. Boletín del Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano*, n.º 24 enero-marzo 1997, p. 27.

¹³⁵ “Le crime contre l’humanité est le plus souvent commis par un État au nom d’une politique, c’est-à-dire d’une action collective organisée répondant à des objectifs précis [...] mais il peut aussi être perpétré par une organisation non étatique [...]”. Véase Antoine Garapon, o. cit., p. 145.

¹³⁶ Dice Cassese (o. cit., p. 64) que un sólo acto no alcanza para ser considerado crimen contra la humanidad si no forma parte de un plan global o de una concatenación de actos similares. En sus palabras: “Clearly, it is required that a single crime be an instance of a repetition of similar crimes or be part of a string of such crimes (widespread practice), or that it be the manifestation of a policy or a plan drawn up, or inspired by, State authorities or by the leading officials of a de facto state-like organization, or of an organized political group (systematic practice)”.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹³⁸ De la misma opinión, Cassese (*ibidem*, p. 66), quien agrega que desde un punto de vista subjetivo “the agent must be cognisant of the link between his misconduct and a policy or systematic practice” (*ibidem*, pp. 81 s.). Por tanto, se exige que el autor tenga conciencia de que su conducta forma parte de un plan de acción general, sin que sea relevante que actúe por motivos racistas o similares.

dio y el crimen de agresión podrían consumarse con acciones aisladas o con un solo acto que cumpla con los requisitos del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo específico de intención que contiene la intención de destruir en todo o en parte un grupo particular), aunque de la redacción del artículo 6 del Estatuto no parece que pudiera consumarse un genocidio con una sola víctima.¹³⁹ Así las cosas los actos aislados que no se realicen dentro de un plan sistemático no pueden ser crímenes de lesa humanidad, pero además, muchas de estas conductas (con excepción de la tortura, cuya tipificación se propone en el proyecto II) ya son abarcadas por las figuras de los delitos comunes existentes en el Código Penal uruguayo. En ese sentido, debería rechazarse la propuesta del proyecto II de incluir determinados actos aislados como si fueran delitos de lesa humanidad, por no reunir las características propias de éstos y por el hecho de que ya encuentran cobijo en el orden penal nacional.

Por otra parte el proyecto II propone la tipificación del genocidio cultural (la eliminación de la lengua o la cultura de un grupo determinado)¹⁴⁰ y el genocidio político (por ejemplo, el asesinato de miembros del Partido Comunista uruguayo con el objetivo de hacerlo desaparecer como tal),¹⁴¹ figuras ambas omitidas expresamente por la Convención sobre Genocidio de 1948 y el Estatuto.¹⁴² La tipificación de estas

¹³⁹ Si tomáramos el ejemplo del homicidio, la frontera entre el genocidio y el crimen de lesa humanidad no viene dada por el elemento subjetivo de la intención de matar, sino por la especial intención de destruir total o parcialmente a un grupo determinado (genocidio) y, en el caso del crimen de lesa humanidad, de tener conciencia de que dicho acto se realiza dentro de un plan de acción sistemático o general. Véase Cassese: o. cit., pp. 106 s. El Código Penal español acepta en el artículo 607.1 la posibilidad de cometer genocidio ante el homicidio de una persona si ésta se realiza con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso; sin embargo, el Código Penal alemán se refiere en el § 220.a.1.1 a quien con intención de destruir entera o parcialmente un determinado grupo nacional, racial, religioso o étnico “mate a miembros del grupo”.

¹⁴⁰ Según el informe realizado en 1985 sobre la “Prevención y Sanción del Genocidio” por Benjamin Whitaker (relator especial designado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, órgano integrante de la ONU), puede entenderse por genocidio cultural: “todo acto premeditado cometido con la intención de destruir el idioma, la religión o la cultura de un grupo nacional, racial o religioso por razón del origen nacional o racial o de las creencias religiosas de sus miembros, actos tales como: 1) la prohibición de emplear el idioma del grupo en las relaciones cotidianas o en las escuelas o la prohibición de imprimir o de difundir publicaciones redactadas en el idioma del grupo; 2) la destrucción de las bibliotecas, los museos, las escuelas, los monumentos históricos, los lugares de culto u otras instituciones y de los objetos culturales del grupo o la prohibición de usarlos”. Véase <http://www.ugab.org.ar/Generacion3/gcultural.htm>. Un miembro de la Unesco se refiere a dicha figura tras la invasión de los Estados Unidos en Irak. Véase Fernando Báez: “Nuevo paradigma científico y movimiento alternativo. El ‘genocidio’ cultural en Iraq: un millón de libros destruidos”, en *Memoria*, n.º 191, enero 2005, <http://www.memoria.com.mx/191/baez.htm>; ambos sitios visitados el 6 de junio de 2005.

¹⁴¹ También denominado *politicidio* y entendido como la combinación de actos de criminalidad, persecución y hostigamiento tendientes a provocar la eliminación total o parcial de un grupo opositor. Véase Equipo Nizkor: “El genocidio político”, <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cepeda6.html>, visitada el 6 de junio de 2005

¹⁴² Si bien el Estatuto obvió la inclusión del genocidio político, en el inciso *h* del artículo 7 incluyó como crimen de lesa humanidad “la persecución de un grupo o de una colectividad con identidad fundada en motivos políticos”, lo cual se ha interpretado como un reconocimiento de que existe una conducta que pretende el exterminio de grupos por razones políticas o ideológicas que debe ser reprimida. Véase Carlos Rodríguez Mejía e Inés Uprinsky: “Los Estados frente a la Corte Penal Internacional, Implicaciones y Efectos”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 10, Bogotá, mayo de 1999, p. 35; cit. por Jaime

figuras dependerá de una mera cuestión de conveniencia política criminal, pero —a diferencia de la propuesta de tipificación relacionada con los crímenes de lesa humanidad— no existirían razones jurídicas o éticas para que cualquier intento de exterminio de una colectividad que disienta con las ideas políticas del gobierno pudiera ser considerado un crimen de genocidio. Sin embargo, mayores dudas me crea la figura del genocidio cultural en relación con la definición y el momento consumativo de la conducta típica. Sobre la consideración que hace el proyecto II en su artículo 26 de delitos de guerra cuando se trate de conflictos internos sirve de sustento el artículo 3 de la Convención de Ginebra y el II Protocolo adicional, por lo que no corresponde ninguna crítica al respecto.

4.10. ¿Existieron decisiones jurisprudenciales previas o sucesivas que analizan la compatibilidad del Estatuto con el orden interno?

Hasta el presente no se han producido sentencias judiciales que tuvieran que dirimir algún tipo de incompatibilidad normativa.

5. Cumplimiento de sentencias de la Corte e incompatibilidades con el sistema de ejecución de la pena nacional

La CPI no tiene potestad para ejecutar sus propias decisiones; para tal cometido necesita de la voluntad de los Estados parte. Tratándose el Uruguay de un país con graves carencias en cuanto a la ejecución de sentencias penales (superpoblación de las cárceles, inexistencia de un juez de vigilancia de la ejecución, etcétera), siguiendo un criterio realista (que no debe interpretarse como falta de colaboración), el proyecto I en su artículo 22 y el proyecto II en el artículo 71 limitan la ejecución de sentencias de la CPI en Uruguay a aquellas que impliquen el cumplimiento de una pena por un

Sandoval: "La incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación Colombiana", en *Nueva Jurídica*, Bogotá, 2003, p. 84.

condenado que sea ciudadano natural o legal uruguayo.¹⁴³ Con buen criterio, el proyecto II en el artículo 71.1.b, a diferencia del proyecto I, exige como condición que la pena a ser ejecutada no supere la barrera punitiva de los 30 años, máximo previsto por la legislación penal uruguaya.¹⁴⁴

6. Conclusión

a. Es opinión dominante en Uruguay que no corresponde una reforma constitucional para la implementación del Estatuto. Sin embargo, a mi juicio, pese a que Uruguay no tendría que realizar una específica reforma constitucional para la implementación del Estatuto en tanto no existe una oposición entre éste y la Constitución nacional, habría que modificar la potestad de la Asamblea General de otorgar amnistías, especificando que tal beneficio no comprende a quienes hayan cometido cualquiera de los crímenes competencia de la CPI. Además, como se ha dicho, Uruguay debe modificar el criterio con el que acepta la introducción al sistema nacional de los tratados internacionales que protegen derechos humanos, para otorgarles rango constitucional o al menos supralegal. Ahora bien, considerando que la Constitución uruguaya es de constitución rígida —con las consiguientes dificultades para su modificación—, la decisión de reformar la Carta Magna debería ser definida como una cuestión de oportunidad, en vista de las dificultades que plantea el sistema jurídico uruguayo para llevar a cabo dicha tarea. Por tanto, es una decisión que pasa por el ámbito político y no jurídico.

¹⁴³ Además, ambos proyectos disponen que, en aras de la celeridad, la autoridad judicial competente dará cumplimiento de la pena sin modificación de su alcance y sin procedimiento de *exequatur* a las órdenes de reparación, multa o decomiso. Sin embargo, creo que se debería exigir como condición, en este mismo artículo, que la pena a ser ejecutada no supere la barrera de los 30 años, máximo punitivo previsto por la legislación penal uruguaya.

¹⁴⁴ Esta crítica la habíamos realizado en el el coloquio internacional *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma*, realizado en Hotel Fiesta Inn Centro Histórico, Ciudad de México, del 4 a 6 abril de 2005, en ocasión de la reunión del Grupo de Estudios sobre la CPI que coordinan Jan Woischnick y la Fundación Konrad Adenauer. Véase Pablo Galain: "Informe preliminar sobre dificultades de implementación del Estatuto de Roma", p. 37.

- b. En cuanto a limitar o condicionar el ejercicio de competencia en utilización del principio de justicia universal, con acierto, ambos proyectos de ley ceden la jurisdicción nacional a la CPI (artículo 3.2 del proyecto I) cuando se trata de hechos cometidos fuera del territorio uruguayo o sin conexión alguna con la República (artículo 4.2 del proyecto II).¹⁴⁵ Obviamente, esta cesión de competencia se realiza a sabiendas y admitiendo que la CPI pueda llegar a aplicar un procedimiento contra determinados sujetos que gocen de inmunidad en el ámbito nacional, que no ofrezca la posibilidad de la gracia o la amnistía, que admita la eximente de la obediencia debida (prohibida por el artículo 9 del proyecto II), que aplique delitos formulados con escasa precisión (artículo 7.k del Estatuto) que pudieran lesionar el principio de legalidad o culpabilidad, o que pudiera aplicar penas inconstitucionales desde el parámetro del orden jurídico nacional (artículo 77.b del Estatuto). Empero, en mi opinión éste es el único modo en que pueden evitarse futuros problemas de ejercicio de jurisdicción entre la CPI y los Estados que pretenden competencia en uso del principio de justicia universal.¹⁴⁶
- c. Lamentablemente, las víctimas particulares no pueden acudir directamente a la CPI sino que dependen de la voluntad del Estado al que pertenecen. Ahora bien, considerando que el Estado tendría el deber de ejercer jurisdicción, como bien surge del proyecto II (artículo 13), deben potenciarse las instancias procesales en las que la víctima pueda hacer valer sus derechos frente a la libre disposición del fiscal de archivar la causa penal, como sucede en el sistema procesal penal uruguayo.¹⁴⁷
- d. Según dispone el artículo 123, a los siete años de su aprobación se procederá a una revisión del Estatuto. Es de esperar entonces que las posibles modificaciones que pudieran plantearse no se transformen en nuevas restricciones a la jurisdicción del

¹⁴⁵ En el artículo 4.3 del proyecto II se establece: “Verificada la situación prevista en el párrafo precedente: si se trata de un crimen o delito cuyo juzgamiento sea jurisdicción de la Corte Penal Internacional [...]”. Sin embargo, la CPI carece de jurisdicción universal automática (salvo cuando es el Consejo de Seguridad de la ONU quien activa su competencia): ésta depende del sometimiento voluntario de los Estados. Ello indica que, para que la jurisdicción nacional pueda aplicarse en forma supletoria a la CPI cuando los hechos no hayan sido cometidos en territorio uruguayo o con conexión con él (nacionalidad del autor o de la víctima), deben de haberse ocasionado en jurisdicción de un Estado parte; de lo contrario, debería regir el principio de universalidad, como ha previsto el proyecto II en el artículo 4 aceptando la posibilidad de entrega del sospechoso a la CPI.

¹⁴⁶ Así, en las situaciones en que la norma nacional sea más protectora de los derechos humanos y de las garantías del debido proceso que el Estatuto, en caso de falta de reconocimiento internacional (de los Estados parte) de las modificaciones realizadas en la ley de implementación uruguayana, deberá la República cuestionar el caso concreto por medio de la denuncia de la situación de anormalidad o cooperar con la CPI según determinadas condiciones, como sucede hoy día con el instituto de la extradición.

¹⁴⁷ A su vez, el Estatuto de Roma se decanta por la reparación del daño como una cuestión de sumo interés a la hora de resolver el conflicto causado por el delito, y en ese sentido el artículo 79 determina que los montos recibidos a título de multa o decomiso puedan ser transferidos a un fondo fiduciario que se establecerá en beneficio de las víctimas y sus familias. Este mismo principio es recogido por el artículo 14 del proyecto II.

Estatuto, sino, por el contrario, procedan a la adopción sin condiciones de la jurisdicción universal, la creación de una policía judicial autónoma¹⁴⁸ y la tipificación del delito de agresión. Para finalizar, quiero resaltar que, mientras la CPI no tenga jurisdicción universal, su eficacia dependerá del número de adhesiones al Estatuto de Roma que posteriormente no se anulen con la firma de tratados bilaterales de inmunidad entre Estados parte y los Estados Unidos (o cualquier otro país contrario a la existencia de un tribunal internacional que pueda impartir justicia penal). En la tarea de lograr que la CPI sirva para algo más que una declaración *buenas intenciones* estamos todos implicados, en particular los juristas.

¹⁴⁸ Así lo exigen Cassese y Delmas-Marty: o. cit., p. 257.

1 • Introducción

El presente informe se propone realizar una descripción y análisis de las dificultades u obstáculos jurídicos y políticos que se han presentado —o pudieran presentarse— en Venezuela para la ratificación e implementación del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional. A la vez, pretende proponer posibles vías que permitan superar los obstáculos y señalar algunas consideraciones en torno a la implementación y las reglas de aplicación espacial de la ley penal, además de las conclusiones. Sin embargo debemos anticiparnos y advertir que Venezuela, a pesar de haber sido el primer país de Iberoamérica en convertirse en parte del Estatuto de Roma, al ratificarlo el 7 de junio del 2000,¹ a la fecha no ha adoptado ninguna medida concreta para su implementación. Tampoco ha establecido ningún mecanismo de cooperación ni de asistencia judicial en materia de: a) entrega de personas a la Corte, b) auxilio judicial internacional, para la aportación de documentos, realización de pruebas, etcétera, o c) ejecución de las sentencias de la Corte, en sus diversos aspectos.

El 17 de julio de 1998, Venezuela formó parte de la histórica votación que 139 Estados dieron en Roma a favor de la creación de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, en el plano nacional, más de dos años transcurrirían para que al Parla-

¹ La Ley Aprobatoria del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional fue publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 5.507 del 13 de diciembre de 2000.

mento nacional aprobara el texto íntegro del tratado internacional, que establece en su artículo único: “Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [...]”. Con ello el legislador venezolano excluía en forma clara la jurisdicción de Venezuela sobre los crímenes tipificados en este instrumento internacional. Es decir, postergaba la jurisdicción interna sobre tales crímenes hasta tanto se decidiera alguna de las fórmulas o técnicas de incorporación de éstos en la legislación penal venezolana, incorporación por lo demás que necesariamente debería pasar por una reforma previa del Código Penal e incluso del Código Orgánico de Justicia Militar, o adoptar la vía de una ley orgánica de carácter penal para la tipificación de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma.

El 7 de junio del 2000, Venezuela fue el undécimo Estado del mundo en depositar el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma. La solución temporal que escogió la nueva Asamblea Nacional, de obligar al Estado internacionalmente respecto al cumplimiento del Estatuto, dejándolo de manera expresa sin jurisdicción interna sobre los crímenes que éste prevé, representa sin embargo un resabio que colide con el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969. En efecto, el carácter vinculante de los tratados para los Estados los obliga a cumplir frente a la comunidad internacional su contenido en forma íntegra. Esto conlleva, en el caso del Estatuto de Roma, la obligación para cada uno de los Estados parte de perseguir y sancionar a quienes cometan los crímenes allí establecidos; la Corte Penal Internacional es una instancia complementaria de las jurisdicciones penales nacionales —conforme queda establecido en el propio artículo 1 del Estatuto— cuando el propio Estado no pueda o no quiera aplicar la ley penal internacional. De esta premisa se deduce la obligación que cada Estado asume, al ratificar un tratado, de adelantar las tareas legislativas que le permitan corresponder con su obligación internacional.

Pero hay más: al establecerse en la Ley aprobatoria que “se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [...]”, se abre toda una gama de consideraciones de carácter constitucional, para el caso de que la inaplicabilidad del Estatuto de Roma en la jurisdicción interna afecte derechos humanos fundamentales reconocidos por la Constitución, máxime cuando los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público (artículo 23 de la Constitución). Por ello cabría

afirmar —si acordamos darle la connotación de tratado de derechos humanos— que el Estatuto de Roma tiene aplicación directa en la jurisdicción nacional a pesar de que la ley aprobatoria —con rango inferior a la Constitución— no lo reconozca así.²

La Constituyente, como proceso político que dotó al Estado venezolano de una nueva Constitución para el siglo XXI, con un texto cargado de las más avanzadas tendencias en materia de protección de los derechos humanos, se desarrolló durante gran parte del año 1999, es decir, un año después de que Venezuela suscribiera el tratado que crea la Corte Penal Internacional, pero un año antes de su aprobación legislativa, en el año 2000. Paradójicamente, los avances constitucionales logrados en 1999 en nada influyeron para la aprobación y posterior ratificación del Estatuto de Roma en el 2000. La recomendación para su aprobación y publicación en la *Gaceta Oficial* ya había sido tomada en noviembre 1999 por la extinta Comisión Permanente de Política Exterior del Senado de la República, que emitió un informe al Senado en el que recomendaba la sanción de la “ley aprobatoria” (del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional); en atención a las citadas recomendaciones, el Senado y la Cámara de Diputados aprobaron dicha ley.³ Para esa fecha aún no había culminado el debate constituyente y todavía mediaba la realización de un referéndum que fue el que finalmente permitió la aprobación del nuevo texto constitucional, a finales del mes de diciembre de 1999, según consta en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n.º 5 453, extraordinario, de fecha 24 de marzo del año 2000.

² Sin menoscabo de dejar de considerar la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que ha interpretado en fecha 21 de noviembre de 2000, mediante sentencia n.º 1505, la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el orden interno, que señala el siguiente criterio bastante discutible: “[...] ha habido una notoria insistencia de la Sala sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual en principio está muy bien; pero pareciera que a veces en Venezuela se le quisiera dar ahora más importancia a esos tratados que a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, en Venezuela ya muchos están creyendo, incluso muy distinguidos abogados penalistas, que hay una supraconstitucionalidad de tales tratados sobre la Constitución. *No hay tal*: [...] No puede ser ‘supraconstitucional’ sino *constitucional*, porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables. Entonces habría la prevalencia, por la remisión que hace la Constitución a esos tratados. Pero esos tratados son aplicables en lo que a la substancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados, etc., forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución; pero en caso de que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución.

“La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha clarificado que esos tratados son aplicables por *mandato de la Constitución*.”

“Debe recordarse igualmente, que los tratados tienen que ser suscritos y además *ratificados* por la República: tienen sentido en la medida que la Constitución los acoja. La Constitución se autoderogaría en beneficio de tales tratados si la Asamblea Nacional *ratifica* un tratado que sea contrario a la Constitución: *ésta es la ley suprema y así está ordenado en la misma Constitución*”. Cf. <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scp/Noviembre/1505-211100-C000743.htm>.

³ Cf. Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.org.pe/docs/corte6.HTM>.

Sin embargo, la influencia del Estatuto de Roma no quedaría excluida del debate constituyente. Nuevos artículos, como el 29,⁴ el 261⁵ y el 271,⁶ fueron incluidos en la nueva Constitución, los cuales referían —entre otras cosas— a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de guerra. Incluso, en las actas del debate constituyente puede constatar que, al discutir el contenido de lo que hoy es el artículo 271 de la Constitución, se señaló expresamente como premisa para la aprobación de dicha norma el compromiso asumido por el Estado venezolano con el Estatuto de Roma.⁷

En síntesis, hoy por hoy la Constitución de 1999, en su artículo 23,⁸ confiere rango constitucional y de aplicación inmediata a los tratados internacionales de derechos humanos; en el artículo 29 prevé la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de las violaciones graves a los derechos humanos, como señalamos, así como la obligación de investigar y sancionar estos delitos cuando sean cometidos por sus

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 29: “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

“Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía”.

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 261: “La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar”.

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 271. “En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

“El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil”.

⁷ De una manera muy coloquial el constituyente venezolano, en argumento de su propuesta normativa y desiderata política en general, señalaba la importancia del Estatuto de Roma en los siguientes términos: “es decir, eso nos va a colocar con lo que hoy en el mundo esta sucediendo, es decir [sic] darle una jurisdicción extraterritorial, aquellos [sic] delitos que, considerados de lesa humanidad, o crímenes de guerra, puedan ser procesados por un tribunal internacional [...]”. Más adelante afirmaba: “[...] si un venezolano —ni que Dios lo quiera, pero puede suceder mañana— se convierte en un genocida, se convierte en un monstruo que atente de manera lesiva, en contra de sus propios conciudadanos; y comete dentro de Venezuela crímenes de lesa humanidad, se va a crear una Corte Penal Internacional, y ese venezolano tendrá, que ser en todo caso, sujeto a esa jurisdicción”. República de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente* (diario de debates) octubre-noviembre 1999, Caracas, 1999, p. 4 (debate constituyente del día 6.11.99).

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

autoridades, consagra la exclusión de beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía, y previene la indemnización integral a la víctimas de violaciones de derechos humanos; asimismo, en el artículo 271 autoriza la extradición de los extranjeros responsables de delitos contra los derechos humanos. Es decir, contempla parte del andamiaje jurídico que facilita claramente el proceso de implementación del Estatuto, a pesar de que en la Constitución de 1999 pudo haberse avanzado más para dejar en claro algunos aspectos jurídicos dilemáticos que muy probablemente surgirán en el momento de la implementación.

A estas alturas es claro que el control previo de la constitucionalidad del tratado que crea la Corte Penal Internacional hubiese sido, más que oportuno, necesario; sin embargo, los tiempos políticos del país imponían un ritmo avasallante sobre los tiempos jurídicos, y se prefirió dejar de lado la posibilidad que ofrecía el artículo 173 de la Constitución de 1961, vigente para entonces, que obligaba al presidente de la República a ocurrir a la entonces denominada Corte Suprema de Justicia —hoy Tribunal Supremo de Justicia— a los fines de solicitar una decisión sobre la inconstitucionalidad alegada por el Congreso, si tal hubiese sido el caso.

Incluso aprobada la Constitución, en diciembre de 1999, y antes de haberse publicado la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, el 13 de diciembre del 2000, podían haberse verificado cualquiera de los controles de constitucionalidad conforme al nuevo texto constitucional; para ello se contaba ahora con figuras novedosas, como la posibilidad de celebrar un referéndum aprobatorio del tratado al considerarse que podía ser de aquellos que comprometen la soberanía o transfieren competencias a órganos supranacionales (artículo 73 de la Constitución),⁹ o la posibilidad incluso de que el Tribunal Supremo de Justicia, antes de la ratificación del tratado, ejerciera el control de constitucionalidad (artículo 336, numeral 5 de la Constitución).¹⁰ Nada de esto se dio, con lo cual podrían plantearse en el futuro acciones de inconstitucionalidad, incluso si convenimos en otorgarle al Tratado que crea la Corte Penal Internacional el estatus de tratado de derechos huma-

⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 74: “[...] Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral”.

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 336: “Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: [...], 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación”.

nos, lo cual no parece estar suficientemente claro, dados los ámbitos de aplicación material diferenciados que tienen el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso respecto del derecho internacional humanitario.

2 • Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

En Venezuela y respecto a la ratificación o implementación del ECPI:

- a. No hubo reforma constitucional para tratar una solución de compatibilidad global del texto constitucional con el Estatuto de Roma.
- b. No hubo reformas concretas a la Constitución con el fin de solucionar puntos problemáticos para la aplicación del Estatuto.
- c. En el interludio entre el proceso de aprobación y ratificación por parte de Venezuela del Tratado que crea la Corte Penal Internacional, se verificó la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente que produjo una Constitución —la vigente— donde aparecieron algunos artículos sin duda influidos por la terminología del Estatuto de Roma, pero no previstos expresamente para proporcionar soluciones concretas a los puntos dilemáticos de implementación.
- d. No han existido decisiones jurisprudenciales que analicen la compatibilidad del Estatuto con el orden interno.
- e. La doctrina nacional no ha adelantado discusión sobre problemas de compatibilidad constitucional.
- f. Y tampoco existen análisis difundidos sobre la experiencia comparada como posibles modelos de solución, salvo algunas referencias que los redactores de los distintos proyectos de reforma al Código Penal han realizado en las exposiciones de motivos de tales proyectos, sin exponer análisis comparado.

Tomando en consideración estas premisas, abordaremos a continuación algunos temas que suelen ser planteados por la doctrina comparada como posibles obstáculos jurídicos para la implementación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, haciendo especial referencia al caso de Venezuela.

2.1.1. El ECPI y la cesión de soberanía

Uno de los temas sobre el que más amplio debate ha generado el ECPI ha sido el de las consecuencias sobre el principio de la soberanía que los Estados tienen para juzgar los crímenes cometidos en su territorio o los cometidos por sus nacionales, una regla que, sin embargo, ya desde el pasado había sido atemperada con la creación y puesta en funcionamiento de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, en los años 1945 y 1946, y más contemporáneamente por los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

La Constitución venezolana¹¹ establece que son derechos irrenunciables de la Nación, entre otros, la soberanía (artículo 1) y que los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales podrán ser sometidos a referendo (artículo 73). Por otra parte, la Constitución autoriza al presidente de la República a suscribir tratados internacionales que favorezcan la integración latinoamericana y caribeña, así como atribuir a organizaciones supranacionales el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración (artículos 153 y 236, numeral 4). Finalmente que los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el presidente o presidenta de la República (artículo 154).

Venezuela ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1977, y ha aceptado la Competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1977 y 1981, respectivamente, sin dilemas de inconstitucionalidad referidos a cesión indebida de soberanía. También es parte de los Convenios de Ginebra desde 1956, los cuales establecen el principio de la jurisdicción universal.

¹¹ Una versión digital de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela puede ser consultada en <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>.

Ahora bien, no aparece expresamente establecido en la Constitución de 1999 que esté prohibido transferir competencias a órganos supranacionales distintos de los que se generen en el ámbito de la comunidad andina o caribeña.

Sin embargo, sí queda claro que los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales podrán ser sometidos a referendo, expresado esto último en un condicional (*podrán*) que sitúa al lector de la Constitución ante la legítima consideración —para el caso de no celebrarse un referéndum de esta naturaleza— de preguntarse si será válido para el derecho constitucional interno un tratado ratificado por la República que transfiera competencias a órganos supranacionales, como la Corte Penal Internacional, sin haberse verificado antes el un referéndum aprobatorio.

Antes de entrar a valorar este planteamiento, debe reconocerse que el concepto de “los derechos humanos, de una parte, y el respeto a las normas del derecho internacional humanitario, de otra, han contribuido al cambio paulatino del concepto de soberanía en relación con la potestad punitiva de los Estados”.¹² Y Venezuela no escapa a esta tendencia, de modo que una interpretación restrictiva de este concepto con seguridad encontrará poca receptividad en la doctrina y la jurisprudencia nacional para el caso de que se objete la aplicación en el futuro del ECPI en Venezuela alegando cesión de soberanía; además, se entiende que la ratificación de un convenio de esta naturaleza supone efectivamente una cesión de soberanía pero de carácter convencional, en el marco de las posibilidades que ofrece el derecho internacional público en la práctica de los Estados, especialmente cuando se trata de sancionar los crímenes más graves en contra de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, a fin de crear además una jurisdicción complementaria de la nacional para cuando el Estado no pueda o no quiera perseguir tales crímenes.

En consecuencia, no existe obstáculo constitucional, a pesar de la objetable redacción ambigua del artículo 73 de la Constitución, para haber ratificado, como en efecto se hizo, el tratado que crea la Corte Penal Internacional, el cual tendrá competencia para juzgar en forma subsidiaria a los venezolanos autores de los crímenes previstos en el Estatuto o para juzgar dichos crímenes cuando sin distinción de la nacionalidad del autor sean cometidos en territorio venezolano.

¹² Alfonso Gómez Méndez: *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Santa Fe de Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2000, p. 11.

Sin duda, es un mecanismo que ratifica también la tendencia cada vez mayor de los Estados a adherir al principio de jurisdicción universal contra los crímenes más graves contra la humanidad.

2.1.2. Principio de legalidad

Tal como sostienen los proyectistas de la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal (COPP) y Orgánico de Justicia Militar:

El principio de *legalidad penal* (*nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta, publica et certa*) obliga a que ningún delito, falta, pena o medida de seguridad pueda establecerse sino mediante una ley formal previa que sea escrita, de estricta interpretación y aplicación, excluyente de la analogía, que sea pública y conocida por todos, de forma inequívoca, lo cual conduce a un *juicio justo*. En tal sentido, la potestad punitiva, que es la única forma de violencia que la CONSTITUCIÓN y las leyes permiten, excepcionalmente y como *ultima ratio* al Estado contra los ciudadanos que violen las leyes penales, sólo se puede ejercer en estricto acatamiento de las normas y principios del Estado de derecho, expresados en los instrumentos sustantivos y adjetivos utilizados para alcanzar la Justicia.¹³

En Venezuela, “ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Así ha quedado establecido este principio en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República, dentro del capítulo de “Derechos civiles”, el cual forma parte a su vez de un amplio título que se denomina “Derechos y garantías”.

El delito conforme a este principio debe encontrarse determinado por la ley con anterioridad a su realización y, por ende, la pena debe a su vez estar claramente establecida también con anterioridad, a través de una ley.

La prohibición de la aplicación de la analogía, sin embargo, no encuentra señalamiento expreso constitucional, como sí lo encuentra en forma expresa la prohibición de establecer la pena de muerte (artículo 43), la pena perpetua y las penas privativas de libertad mayores de 30 años (artículo 44, numeral 3)

¹³ Cf. <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/pdf/Hacia-un-Nuevo-Codigo-Penal.pdf>.

Sobre estas premisas es evidente que artículos como el 7.1.k del Estatuto de Roma¹⁴ no cumplen con las previsiones de la Constitución venezolana al establecer una cláusula abierta, que permite catalogar como crimen de lesa humanidad “otros actos inhumanos de carácter similar”. Allí el ámbito de aplicación personal de la ley penal internacional irá en contra de un individuo que no podrá conocer de manera taxativa los actos que configuran uno de los gravísimos crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma y por el cual se lo podría juzgar.

Tampoco encuentran armonía con el texto constitucional la forma indeterminada como quedan previstos los supuestos agravantes de las penas previstas en la regla 145 de los Elementos de los Crímenes. Incluso al confrontar el artículo 22.1 del Estatuto con los preceptos constitucionales tampoco puede lograrse una interpretación de correspondencia satisfactoria que dé plena respuesta al principio de legalidad, dado que el Estatuto en este artículo, al referirse al principio *nullum crimen sine lege*,¹⁵ refiere a los crímenes competencia de la Corte, los cuales presentan —como ya hemos señalado— cláusulas abiertas que podrían plantear a un juez nacional un problema en el ejercicio del control de constitucionalidad que le atribuye la propia Constitución (artículo 334). Todo ello indica incompatibilidades entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, que respecto a este principio de la legalidad no obstante podrían subsanarse en el momento de implementarse la ley penal interna, corrigiéndose en la redacción de los crímenes previstos en el Estatuto que la ley penal nacional acoja todo problema presente en el Estatuto que aluda a cláusulas abiertas o analógicas, e incluso a reglas de determinación poco precisas, y procediéndose a fijar las penas conforme a las regulaciones y prohibiciones constitucionales.

Sin embargo, el problema de inconstitucionalidad podría reaparecer para el caso de que se aplique la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional, que en este caso estará en la facultad de aplicar en forma taxativa el Estatuto según su redacción actual, aun con las dificultades advertidas *supra*, con lo cual cualquier juez venezolano, ante el requerimiento de entrega de una persona a ser juzgada conforme

¹⁴ Artículo 7: “Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

¹⁵ Artículo 22: *Nullum crimen sine lege*. “1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”.

a una norma que no cumpla con el estándar del principio de la legalidad—, podría negarse por aplicación rigurosa de dicho principio conforme a la Constitución.

No obstante, esperamos que, al ser éste un problema advertido ampliamente por la doctrina comparada, el propio Tribunal Penal Internacional comience en el futuro a producir jurisprudencia que en definitiva interprete tales normas y allane las dificultades, y ello de conformidad con el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional (artículo 21.1), que en primer lugar está en el deber de aplicar el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; en segundo lugar, cuando proceda, los tratados, los principios y normas de derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. Por lo demás establece también el artículo que 21.2 que la Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores, y que la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con las reglas establecidas en este artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Todo esto hace improbable que la Corte Penal Internacional aplique en forma indebida el principio de la legalidad, aceptando imponer penas sobre la base de cláusulas abiertas o por aplicación de la analogía.

2.1.3. *Reclusión a perpetuidad y pena de muerte*

Valgan en este punto todas las consideraciones hechas a la prohibición constitucional que en Venezuela existe respecto a la aplicación de estas penas, incluso de no proceder a la extradición cuando el Estado solicitante tenga previsto aplicarlas, por considerar que vulnera los principios de nuestra legislación nacional.¹⁶

¹⁶ Cf. Sala de Casación Penal, sentencia n.º 1119 del 3.8.2000: Principio del formulario. “Respecto a la extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad. En efecto, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la más absoluta libertad en la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no estuviere conforme con la razón y la justicia”.

Valga también señalar que el artículo 80 del Estatuto establece que nada de lo dispuesto sobre las penas aplicables y su imposición impide que los Estados parte apliquen su régimen de penas conforme a la legislación nacional.

No obstante, y a pesar de las diferencias que el Estatuto ha establecido entre la *entrega* de personas y la *extradición* (artículo 102), vuelve a crearse respecto a estos puntos una antinomia de correspondencia jurídica para el caso de la entrega de una persona a la Corte a los fines de ser objeto de una pena prohibida por el ordenamiento jurídico nacional. Aquí cabe esperar una práctica que, conforme al principio de complementariedad, se acerque a los parámetros que para la imposición de las penas establezca el Estado cuyo nacional se pretenda juzgar.

Sin duda, se crea un esquema de tensión constitucional en el caso de las materias planteadas, frente a lo cual sin embargo podría argumentarse que el Estado venezolano, aun a sabiendas de tales circunstancias presentes en el Estatuto, voluntariamente convino en esta reglas de derecho internacional en el momento de la ratificación del tratado, con lo cual es evidente su aceptación, especialmente si se toma en cuenta su carácter complementario. Y valga este supuesto para no catalogar de inconstitucional la aceptación tácita del Estado venezolano de la aplicación de tales penas por parte de la Corte Penal Internacional, con lo cual luce, más que deseable, necesario que la Corte Penal Internacional adelante una mayor precisión del régimen de penas en el futuro. No mirarlo de este modo conduce necesariamente a, en caso de verificarse tales supuestos, catalogarlos como inconstitucionales.

2.1.3. Relevancia del error de prohibición

Establece el artículo 32 del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional el error de hecho o error de derecho, indicando que el error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen, y que el error de derecho no se considerará eximente, salvo que haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por un crimen competencia de la Corte o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto, relativo a las órdenes superiores y disposiciones legales.

Sin embargo, en Venezuela el Código Penal¹⁷ no contempla el error inevitable, tanto de prohibición como de tipo. En efecto, establece el artículo 60 que la ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta. Esta circunstancia obliga a una reforma del artículo 60 del Código Penal para que quede garantizado que la ignorancia de la ley sí excusa de cumplimiento cuando dicho desconocimiento sea inevitable.

Es decir, en una reforma al Código Penal deben incluirse el error de tipo y el error de prohibición como causales excluyentes del delito, pudiendo seguir para ello el modelo del Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch, StGB), artículos 16 y 17, o el modelo del Código Penal Colombiano, numerales 10, 11 y 12 del artículo 32, los cuales consagran como causa de ausencia de responsabilidad penal tanto al error de tipo como al error de prohibición, siempre que sean invencibles.

Al respecto, en el proyecto de reforma de la parte general del Código Penal presentado por la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal (COPP) y Orgánico de Justicia Militar designada por la Asamblea Nacional, que lamentablemente no fue tomado en cuenta por la propia Asamblea en la última de las reformas efectuadas al Código Penal en marzo de este año (2005), se aborda el tema de la relevancia del error de prohibición en los siguientes términos:

Capítulo Décimo:

De la culpabilidad

Se mantiene el sentido y fundamento del régimen actual, aunque igualmente se procura su modernización, atendiendo tanto a la supresión de aquellas disposiciones que alentaban interpretaciones conducentes a la presunción de dolo o a la responsabilidad objetiva, totalmente repudiadas por la dogmática y el derecho comparado contemporáneo, como a la incorporación de disposiciones que, dentro de la estructura del texto vigente, permitan la modernización del sistema penal venezolano.

Dentro de este enfoque se tienen las siguientes propuestas:

- Modificación del texto actual de los artículos 60 y 61
- La inclusión del efecto exculpante del error de prohibición, aun cuando se optó por una fórmula que no adopte una determinada postura dogmática, y de este modo abrir la posibilidad de que a través de la doctrina y la jurisprudencia el sistema jurídico se adapte a las situaciones que puedan presentarse. Se incorporan directrices

¹⁷ El texto de la última reforma al Código Penal, puede ser consultado en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>.

que alivien y orienten la actividad interpretativa del juzgador en estos casos, con miras a evitar, por la novedad de la norma en nuestro sistema, desviaciones que a la larga afectarían el alcance y razón de la disposición.

- No hay una regulación específica del error de tipo, sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia deben traer los aportes correspondientes.

- Adopción de una fórmula de inimputabilidad acorde con los logros de la ciencia jurídica penal moderna.

Para quedar redactada en definitiva la propuesta de reforma al artículo 60 en los siguientes términos.

Título V

De la responsabilidad penal y de las circunstancias que la excluyen, atenúan o agravan

Artículo 60. La ignorancia de la Ley o el error sobre ella no excusan de ningún delito o falta, salvo cuando sean invencibles. Si el error o la ignorancia fueren vencibles, la infracción será castigada con la pena correspondiente al tipo culposo, si fuere el caso.

Para determinar la existencia o no de error o de ignorancia, así como la evitabilidad o no del mismo, el Tribunal analizará y apreciará exhaustivamente la condición sociocultural del agente, las circunstancias como ocurrieron los hechos y la razonabilidad de la norma correspondiente, de manera que el Tribunal esté en condiciones de precisar si esos aspectos pudieron haber inducido al autor a incurrir en error o pudieran justificar la ignorancia.

2.1.4. Entrega de nacionales

La prohibición en Venezuela de extraditar nacionales tiene rango constitucional (artículo 69). Sin embargo, en ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros responsables, entre otros, de los delitos contra los derechos humanos, y además no prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar, entre otros, los delitos contra los derechos humanos (artículo 271 e*iusdem*). Sin embargo, el Estatuto de Roma crea obligaciones concretas en materia de detención y entrega de acusados a solicitud de la Corte.

¿Es posible según esos parámetros entregar un nacional venezolano a la Corte Penal Internacional? Al respecto debe tomarse en consideración la claridad del Estatuto que diferencia entre lo que se entenderá por *entrega* y lo que será *extradición*.

Artículo 102

Términos empleados

A los efectos del presente Estatuto:

- a) Por “entrega” se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;
- b) Por “extradición” se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno.

La *entrega* de personas es un concepto diferente de la *extradición*, en los términos del Estatuto; contiene su propio objetivo y contenido, sin evidenciar por tanto inconveniencia alguna de carácter constitucional en el momento de su ejecución en Venezuela. Además, su obligatoriedad deriva de un compromiso convencional de carácter internacional, ratificado por el Estado, que puede ser además directamente ejecutable, aun cuando sea deseable en el futuro contar con legislación interna que la torne eficaz. Entretanto, ante la hipótesis de una solicitud de *entrega* por parte de la Corte y partiendo de la inexistencia de legislación en Venezuela que indique el procedimiento para su ejecución, nada impide que para la extradición pueda acordarse sobre la base de la legislación procesal actual (artículos 391 al 399 del Código Orgánico Procesal Penal) y los aportes incluso de la jurisprudencia en ese sentido.¹⁸

2.1.5. De la inmunidad de altas autoridades y el antejuicio de mérito

Un orden de detención de la Corte Penal internacional dirigida a Venezuela para que proceda a la *entrega* de una alta autoridad nacional, ¿encontraría resistencia basada en las inmunidades constitucionales de que gozan o en la posibilidad de opo-

¹⁸ Cf. Sala de Casación Penal, sentencia n.º 0250 del 6/4/2001. “para que sea procedente la extradición es necesario entre otros que el delito que se imputa no sea político ni conexo con éste, que esté sancionado por las legislaciones internas tanto del país requirente, [...] como el requerido [...]; que esté establecido en el Tratado de Extradición como un delito que da lugar a la extradición, cuya acción no esté prescrita y que no comporte en el requirente pena de muerte o perpetua”. Sala de Casación Penal, sentencia n.º 184 del 15.5.2003: “En los casos de extradición de procesados, se debe ser más exigente en cuanto a las pruebas que cuando se trata de la solicitud de entrega para la ejecución de una sentencia condenatoria. Esto, por cuanto tratándose de un procesado contra el cual se ha librado un auto de detención o de arresto, tal sujeto goza de la presunción de inocencia hasta tanto no se dicte sentencia definitivamente firme e, igualmente, tampoco existe un proceso en el cual se hayan podido ejercer las garantías procesales del contradictorio y la defensa”. Sala de Casación Penal, sentencia n.º 1119 del 3/8/2000. “Respecto a la extradición, el Estado venezolano obra con un alto sentido de responsabilidad. En efecto, por una parte acepta la extradición como una obligación moral conforme al Derecho Internacional, pero se reserva la más absoluta libertad en la apreciación para concederla o negarla, tomando en cuenta si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional o no estuviere conforme con la razón y la justicia”.

ner la realización de un antejuicio de mérito conforme queda establecido en la Constitución?

En efecto, establece la Constitución que los diputados gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones y que de los presuntos delitos que cometan conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención para continuar su enjuiciamiento (artículo 200). También gozará de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, y por lo tanto no podrá ser perseguido, detenido ni enjuiciado por actos relacionados con el ejercicio de sus funciones, el defensor del Pueblo (artículo 282). Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266) declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del presidente de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva, así como declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del vicepresidente ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los ministros, del procurador general, del fiscal general, del contralor general de la República, del defensor del Pueblo, los gobernadores, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al fiscal o a la fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso.

Incluso establece la Constitución (artículo 266), que los funcionarios públicos que violen la inmunidad de los integrantes de la Asamblea Nacional incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, prevé también la Constitución que las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad quedan excluidos de los beneficios que pueda conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía (artículo 29), en una redacción confusa que refiere en una primera parte del artículo a la imprescriptibilidad de las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra.

Con todo esto y en términos prácticos, es evidente que las inmunidades y prerrogativas de que gozan las altas autoridades venezolanas por disposición constitucional, al momento de tener que adelantárseles un antejuicio de mérito, por estar ante un requerimiento hipotético de entrega por parte de la Corte Penal Internacional, podría generar mecanismos de impunidad que a su vez generarían una antinomia

constitucional frente al Estatuto de Roma, el cual, frente a un caso de la responsabilidad penal establecida, no acepta excepciones o limitaciones en la forma de inmunidades. Esta incompatibilidad en nuestra opinión puede ser solucionada de dos maneras; realizando una reforma constitucional que limite las inmunidades, privilegios o prerrogativas funcionariales para el caso de la aplicación del Estatuto de Roma, o limitándose la extensión de la inmunidad por vía de jurisprudencia para los casos de la aplicación del derecho penal internacional.

Otra posibilidad es interpretar también por vía jurisprudencial que el artículo 29 de la Constitución, por referirse específicamente a las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra, priva respecto al artículo 266 ejusdem, que refiere a las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en materia de Antejui-cio de Mérito para poder acordar la entrega o iniciar juicios, conforme lo prevé el Estatuto en contra de altas autoridades del Estado. A la luz de una interpretación como ésta se estaría dando cumplimiento al precepto constitucional contenido en el artículo 29, que garantiza que las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad quedan excluidos de los beneficios que pueda conllevar su impunidad, asegurando así que el antejui-cio de mérito no se convierta en un momento dado en un beneficio que pueda llevar la impunidad de los crímenes previstos en el Estatuto.

2.1.6. *De la obediencia debida en le contexto de las fuerzas armadas*

Establece el artículo 33 del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional los límites a la obediencia debida.

El artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por su parte, establece que la Fuerza Armada Nacional tiene como pilares la disciplina, la obediencia y la subordinación.

A su vez, el artículo 397 (numerales 1 y 3) del Código Orgánico de Justicia Militar señala que está exento de pena el que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, así como el que obra en virtud de obediencia legítima y debida, siempre que sea ejecutada la orden en los términos en que fue recibida.

De las premisas normativas presentadas luce evidente una antinomia entre los preceptos establecidos en el Estatuto y la legislación penal militar venezolana, que no ha sido adecuada a las nuevas tendencias del derecho penal internacional, especial-

mente para los casos de que se cometa genocidio o crímenes de lesa humanidad alegando obediencia debida, cuando éstos han sido catalogados ya por la legislación internacional como manifiestamente ilícitos (artículo 33.2 del Estatuto de Roma), sin menoscabo de lo que respecto a los crímenes más graves contra el derecho internacional humanitario habían ya realizado los Convenios de Ginebra, reforzados y ampliados con el Protocolo adicional I.

Tampoco luce satisfactoria del todo la propuesta de reforma al artículo 65.c del Código Penal presentada por la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal (COPP) y Orgánico de Justicia Militar, que por lo demás no dista en mucho de la redacción vigente, pues establece que no es punible quien obra, entre otras circunstancias, en obediencia legítima, pues si el hecho perpetrado resulta ser punible, la pena correspondiente se aplicará a quien impartió la orden, obviándose la responsabilidad del autor del hecho.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

- ¿El país ha adoptado ya una ley de implementación? ¿La implementación es total o parcial? ¿Está destinada a hacer posible la jurisdicción prioritaria nacional, la jurisdicción complementaria de la CPI (cooperación) o ambas? Específicamente: explicar si se trata de implementaciones de parte especial, de parte general, de cooperación con la CPI (obligación expresa de implementación de acuerdo con los artículos 86 y 88 del ECPI) o de la previsión de delitos contra la administración de justicia de la CPI (obligación expresa de implementación de acuerdo al artículo 70.4 del ECPI).

Respecto a este punto, Venezuela no ha adoptado ninguna ley de implementación a la fecha; sólo ha decretado la *Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional*, el 14 de diciembre de 2004.¹⁹

- Si no ha adoptado aún una ley de implementación ¿existen proyectos de implementación? (Si existe más de un proyecto de implementación en el

¹⁹ Cf. El texto puede ser revisado en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=641>.

país, se ha de analizar especialmente el que se encuentra en estado parlamentario y con mayores posibilidades de aprobación. Sin embargo, es conveniente considerar también los restantes y comparar críticamente las diversas soluciones.)

2.2.1. *Las fórmulas o técnicas de incorporación de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma a la legislación penal venezolana. Generalidades*

Una vez aprobado el Estatuto de Roma por la Asamblea Nacional, en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, tal como reza el artículo único de la Ley Aprobatoria, como referimos *supra*, se abre sin duda el debate en torno a las fórmulas o técnicas de incorporación de los crímenes previstos por el Estatuto a la legislación penal venezolana.

En este sentido, la técnica de incorporación encuentra actualmente dos variantes. De un lado, quienes se pronuncian por la reforma al Código Penal y al Código Orgánico de Justicia Militar (COJM), en la idea de tipificar en el primero los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, dejando los crímenes de guerra a la reforma del COJM.²⁰ Del otro, podríamos agrupar a quienes consideran que la incorporación a la legislación venezolana puede realizarse en su totalidad, a través de una reforma general al Código Penal, incorporando de este modo no sólo el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, sino además los crímenes de guerra. Según esta tesis pudiese inscribirse la propuesta contenida en el anteproyecto de reforma al Código Penal aprobado y remitido por el Tribunal Supremo de Justicia al Parlamento Nacional para su discusión.²¹ En nuestra opinión, los crímenes de guerra deben quedar tipificados en la legislación penal ordinaria, junto con el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, con el fin de preservar sin lugar a dudas, para el caso de que estos delitos sean cometidos por civiles, el principio constitucional que tiene toda

²⁰ “Así las cosas, el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad deberían desarrollarse en el Código Penal y los crímenes de guerra se establecerían en el Código Orgánico de Justicia Militar, como corresponde en sana lógica”. Cf. Fernando Fernández: Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Reforma Penal y Militar en Venezuela. Una propuesta legislativa. Asamblea Nacional Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/pdf/CRIMENES_%20ESTATUTO_ROMA.pdf>.

²¹ Cf. el texto del anteproyecto en <<http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html>>.

persona de ser juzgada por sus jueces naturales, además de permitir de este modo mantener unificado en un solo código todo lo relativo a la implementación de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma en el derecho positivo venezolano. Pero además, porque la más moderna doctrina del derecho internacional humanitario no considera a los crímenes de guerra como *delitos de función*, que atañen exclusivamente a los militares,²² con lo cual tipificarlos exclusivamente en el Código Orgánico de Justicia Militar podría presentar inconvenientes.

Otra solución proyectada desde una perspectiva ecléctica es la de incorporarlos en forma idéntica en la legislación penal ordinaria y en la legislación penal militar, si de alguna manera quisiera preservarse el fuero militar para los crímenes de guerra en el caso de que sean cometidos por miembros de la Fuerza Armada Nacional. En el desarrollo de esta hipótesis es oportuno recordar que la Constitución de la República en su artículo 29 ordena para los casos de violaciones de derechos humanos y de delitos de lesa humanidad la aplicación de la jurisdicción ordinaria, dejando fuera de dicha prescripción los crímenes de guerra, con lo cual cabría la posibilidad que aquí planteamos. Sin embargo, el artículo 261 de la Constitución, al referirse a la jurisdicción penal militar, señala expresamente que la competencia de los tribunales militares se limitará a delitos de naturaleza militar, con lo cual seguiría pendiente la discusión de considerar a los crímenes de guerra a todo evento como *delitos de función*, lo que —en nuestra opinión— sería un equívoco, pues es una distinción que tampoco realiza el propio Estatuto que crea la Corte Penal Internacional²³ y que podría expandir en forma indebida e inconstitucional la jurisdicción penal militar, la cual debe tener, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”.²⁴

²² Los crímenes de guerra comprendidos en el Estatuto Internacional que crea el Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991, no tienen por qué ser cometidos por militares para ser considerados como tales. Es decir, son crímenes que no están asociados inexorablemente a la condición militar. Igual sucede con las infracciones graves del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y con el Protocolo adicional II a dichas Convenciones del 8 de junio de 1977, previstas en el Estatuto del Tribunal Criminal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994. De la misma forma ha quedado ratificado respecto de los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto que crea la Corte Penal Internacional.

²³ Estatuto que crea la Corte Penal Internacional, artículo 8, Crímenes de guerra: “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. [...]”.

²⁴ CIDH, caso *Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C, n.º 68.

Por último, también podría existir la posibilidad de adoptar la vía de una ley orgánica de carácter penal para la aplicación de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma, una hipótesis de trabajo que ha encontrado resistencia entre las corrientes que abogan en Venezuela por una reforma general al Código Penal que ponga fin a la proliferación de leyes especiales, orgánicas e incluso reformas parciales al Código Penal que de manera dispersa han ido tipificando delitos y estableciendo penas a lo largo de los últimos años en el país, para llegar muy probablemente en la actualidad a la aprobación y vigencia de más de 60 leyes contentivas de delitos. Un razonable enfoque, por cierto, que sin embargo no resuelve el problema de la implementación en Venezuela de los avances del derecho penal internacional y de los compromisos que por la vía de suscripción de tratados ha asumido el Estado en esta materia.

2.2.2. *Análisis de los proyectos de reforma al Código Penal como forma de implementación en Venezuela del Estatuto de Roma. Riesgos y oportunidades*

Casi cinco años han transcurrido en Venezuela desde el depósito del instrumento de ratificación del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional, así como desde el momento en que se le dio forma de Ley Aprobatoria a través de la Asamblea Nacional, órgano parlamentario del poder público nacional al cual corresponde, por ley, aprobar los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional. También se cumplirán tres años, el próximo 1.º de julio, de la entrada en vigor del Estatuto en todo el mundo. Sin embargo, a la fecha aun está pendiente la tarea de implementación en nuestro país.

¿Que ha podido pasar? ¿Por qué no ha avanzado el tema de la implementación del Estatuto de Roma en Venezuela?

Sin duda, podría abrirse un abanico de conjeturas al respecto, especialmente de orden político, que van orientadas a especular en torno al impacto que los hechos del 11 de abril en Venezuela generaron sobre el proceso de implementación del Estatuto de Roma, pues para nadie es un secreto —más allá de la viabilidad que tenga la querrela— que existe la pretensión de acusar ante el Tribunal Penal Internacional al actual presidente de la República de Venezuela, Hugo Chávez Frías, por delitos de lesa humanidad.²⁵

²⁵ La justicia española remite “el caso Chávez” al Tribunal Penal Internacional en <http://www.americaeconomica.com/numeros/4/235/noticias/mrchaveztpiaudiencia.htm>; *El Universal* <http://archivo.eluniversal.com/2004/04/04/>

Lo cierto es que ya no existe la diligencia que el Estado venezolano demostró, por ejemplo, en la fase de negociación del Estatuto de Roma, ni tampoco en las fases de suscripción, derivada de la activa participación de Venezuela en los trabajos preparatorios, o en las de aprobación e incluso de ratificación del tratado. Lo que se percibe en la actualidad es que después del año 2002, con la entrada en vigencia del Estatuto, existe en Venezuela una suerte de parálisis en la implementación que pone en evidencia la ausencia de voluntad política para acometerla, ratificada en el hecho que, siendo la bancada oficialista —mayoría en la Asamblea Nacional— la que ha liderado un proyecto de reforma al Código Penal, ignora lamentablemente la extraordinaria oportunidad política que ello significa para acometer de una vez por todas la tarea pendiente de implementar el Estatuto de Roma en Venezuela.

Así las cosas, veamos algunos riesgos y oportunidades que se presentan en los tres principales proyectos de reforma al Código Penal.²⁶

2.2.3. El proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal²⁷ presentado por el Bloque del Cambio²⁸ en la Asamblea Nacional

Este proyecto, liderado por la bancada oficialista en el Parlamento, fue sancionado por la Asamblea Nacional el 6 de enero del 2005 y luego remitido al presidente de la República a los fines de su promulgación, conforme lo establece el artículo 213²⁹ de la Constitución; sin embargo, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 214³⁰ de la Constitución, el presidente de la República, en acuerdo con el

pol_art_04151A.shtml; escrito de la querrela presentado ante el TSJ en <http://www.el-nacional.com/referencia/documentos/pdf/DEMANDAULTIMA.pdf>.

²⁶ Las opiniones en torno a los tres principales proyectos de reforma al Código Penal —con algunas actualizaciones y comentarios realizados en el contexto de los requerimientos del presente informe— forman parte de una guía de trabajo presentada por la autora para participar en el IV Curso Regional Andino de Derechos Humanos para Profesores de Derecho y Profesionales de Organizaciones No Gubernamentales, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Comisión Andina de Juristas, Perú, octubre del 2004.

²⁷ El proyecto puede ser consultado en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>.

²⁸ El Bloque de Cambio está conformado por un conjunto de parlamentarios afines al gobierno nacional.

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 213: “Una vez sancionada la ley, se extenderá por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones. [...] Uno de los ejemplares de la ley será enviado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional al Presidente o Presidenta de la República a los fines de su promulgación”.

³⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 214: “El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo

Consejo de Ministros, solicitó a la Asamblea Nacional modifique algunas de las disposiciones en él contenidas,³¹ orientadas a resolver una crisis carcelaria en puertas, que amenazaba en caso de no garantizarse los beneficios procesales alcanzados con la Constitución de 1999 y la reforma al Código Penal del 2001.

El propósito formal de esta reforma, según sus proponentes es el siguiente:

Al analizar la situación por la que atraviesa nuestra sociedad, y considerando la necesidad de actualizar y fortalecer nuestro Código Penal, debido a la diversidad de delitos que han surgido, y tomando en cuenta que los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución no pueden ser menoscabados, se propone la inclusión de un conjunto de modificaciones e inclusión de algunos artículos en el vigente Código Penal venezolano.³²

Sin embargo, la realidad es que el propósito de esta reforma al Código Penal fue penalizar a sectores clave de la oposición, como las organizaciones de la sociedad civil, así como desmovilizar a los ciudadanos organizados en la crítica y la acción democrática en contra del gobierno.

Ahora bien, es interesante recoger el desiderátum político plasmado en la exposición de motivos de este proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal presentado por el Bloque del Cambio,³³ para comprender las ambigüedades de carácter político que actualmente se presentan frente a la implementación del Estatuto de Roma en Venezuela. En efecto, reconociendo el legislador la recepción inmediata que en el derecho interno se produce de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de acuerdo con la Constitución; reconociendo igualmente la participación relevante de Venezuela en “una serie de tratados, pactos, convenciones y otros instrumentos jurídicos que comprometen al país a adecuar su legislación penal interna en lo relativo a la tutela penal de los derechos humanos”, entre los que se destaca especialmente el Estatuto de Roma y el hecho de haber sido Venezuela el primer país de Iberoamérica y undécimo en el mundo en ratificarlo; reconociendo además las

de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella. [...]”.

³¹ Las modificaciones solicitadas por el presidente de la República (veto presidencial) pueden ser consultadas en [http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/PaginasPlanas/VETO-COPP\(2005\).asp](http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/PaginasPlanas/VETO-COPP(2005).asp) y algunos comentarios de dichas observaciones pueden confrontarse en *El Universal* (versión no oficial), “Observaciones del Ejecutivo a la reforma parcial del Código Penal”, http://www.eud.com/2005/02/15/pol_esp_15A532711.shtml.

³² Cf. <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>.

³³ El proyecto puede ser consultado en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559&dis=1>.

obligaciones que tenemos “por los compromisos contraídos internacionalmente al ratificar ante la ONU y aprobar entre otros, mediante la ley respectiva, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que compromete a la República a tipificar el genocidio, crímenes de lesa humanidad [...]”; luce inexplicable, por ser generosos en el adjetivo, que el contenido del articulado a reformar ignore completamente la tipificación de los crímenes previstos en el Estatuto de Roma. Quizá el único auxilio de tan enigmática incongruencia sea la propia advertencia hecha por el legislador en la Exposición de Motivos, donde advierte que “la actualización de los delitos que se haga necesaria en el futuro, bien porque haya que despenalizar una conducta, atenuar o agravar una pena, incluir o excluir alguna medida de seguridad, entre otras razones, deberá hacerse mediante incorporaciones o derogaciones sucesivas al texto penal”, y señala además que “tales modificaciones serán editadas y publicadas anualmente, evitando nuevas leyes penales dispersas o contradictorias”, para “cumplir con los principios de certeza, sistematización, racionalidad, lógica y exhaustividad, manteniendo la incolumidad y simplicidad del sistema jurídico penal”.

En síntesis, cabría esperar, en una hipótesis optimista, que el legislador, al entender la importancia de la implementación del Estatuto de Roma, incorpore las figuras delictivas en él previstas en la próxima reforma anual —en este caso la del 2006— que desde ya anuncia la Asamblea Nacional.

Por lo demás, el proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Penal del Bloque de Cambio fue promulgado finalmente el 13 de marzo de 2005.

2.2.4. *El trabajo de la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal (COPP) y Orgánico de Justicia Militar*³⁴

La Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal (COPP) y Orgánico de Justicia Militar se constituyó en el año 2002 a requerimiento de un mandato emanado de la Asamblea Nacional. Sin embargo, a los fines de este trabajo, nos referiremos a la labor desarrollada por la Subcomisión encargada del proyecto de reforma al Código Penal, la cual se propuso entre sus objetivos la

³⁴ Los trabajos de esta subcomisión pueden ser consultados en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/comis.asp?codpad=75>.

amplia consulta en todos los ámbitos posibles de la vida nacional, teniendo como horizonte temporal de acción un plazo de dos años, que debería haber culminado en el 2004, con la propuesta de reforma al Código Penal.

Ya hemos visto cómo a la fecha es el proyecto de reforma al Código Penal presentado por el Bloque de Cambio el que obtiene el impulso legislativo, a pesar del trabajo que venía realizando la Comisión Mixta desde una perspectiva abarcadora que integraba las visiones complementarias que aportaban las reformas al Código Orgánico de Justicia Militar y al Código Orgánico Procesal Penal; sin embargo, con el fin de comparar críticamente las diversas opciones, se presentan a continuación algunos comentarios en torno al trabajo realizado por esta Subcomisión encargada del proyecto de reforma al Código Penal, desde la perspectiva de la implementación del Estatuto de Roma.

En este sentido es oportuno llamar la atención sobre un documento oficial del 2002, preparado por la Subcomisión,³⁵ donde entre los argumentos que justifican la Reforma al Código Penal aparecen algunos de los que hoy sustentan el proyecto de reforma al Código Penal elaborado por el Bloque de Cambio (que, como se indicó, fue el que finalmente se promulgó el 13 de marzo de 2005), con lo cual se evidencia cuál es el texto fuente de la actividad parlamentaria. Esto se hace especialmente evidente para las referencias al Estatuto de Roma que allí se hacen, cuando se compara dicho documento del 2002 con la exposición de motivos del 2004 presentada por el Bloque de Cambio.

Lamentablemente, y a pesar de los aciertos en muchos temas, esta Subcomisión tampoco ha encarado el problema de adecuar la legislación penal venezolana a las previsiones del Estatuto de Roma,³⁶ aun cuando reconoce reiterativamente la necesidad de ello en todos los escritos que ha producido, argumentando que esta función de tipificación es tarea propia del libro segundo del Código Penal, misión que escapa a los fines de la Comisión. Sin embargo, deja constancia de que los principios

³⁵ Documento hacia un nuevo Código Penal, <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/pdf/Hacia-un-Nuevo-Codigo-Penal.pdf>>.

³⁶ En efecto, reconoce la Comisión en estos términos: "Toda esta labor amerita y exige un lapso de tiempo no inferior a un año de dedicación y esfuerzo casi exclusivo. Sin embargo, la Asamblea Nacional consideró prioritario y así lo planteó, que la Subcomisión presentare en forma inmediata, una reforma parcial, urgente y puntual del Código Penal, que permitiera que las normas del Código vigente se adaptaren a la brevedad posible, a los principios y disposiciones penales contenidos en el ordenamiento constitucional aprobado en el referéndum de diciembre de 1999, así como a los acuerdos y convenios establecidos en los tratados internacionales ratificados por la República, muy especialmente a los señalados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y aquellos". Cf. <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=430>>.

adoptados para el libro primero del proyecto de reforma (*nullum crimen, nulla poena sine lege*, prohibición de analogía, irretroactividad *ratione personae*, culpabilidad, punición de la participación criminal y punición de la tentativa) no coliden con los del Estatuto de Roma³⁷ y, además, que en cuanto a la “aplicación de la ley penal” se suprimió la exigencia de que el sujeto haya venido a Venezuela para ser juzgado por los tribunales nacionales, todo ello con la finalidad de adecuarlo a la legislación penal internacional.³⁸

Respecto a estos criterios, creemos que sí existen algunas contradicciones entre los principios constitucionales y el Estatuto de Roma, conforme hemos referido *supra*, que no obstante tampoco resuelve la reforma al Código Penal propuesta por esta Subcomisión, pues un instrumento de esta naturaleza no tiene en su jerarquía normativa la posibilidad de hacerlo.

En otro orden de ideas, valga comentar que, ante la propuesta de algunos asesores de incluir una tercera especie de hecho punible en la reforma al Código Penal denominada expresamente *crimen*, para que acompañara a la tradicional expresión bipartita de *delitos y faltas*, en función de armonizar el texto codificado con el Estatuto de Roma, que refiere expresamente a la palabra *crímenes* para referirse al *crimen de genocidio*, los *crímenes de lesa humanidad*, los *crímenes de guerra* y el *crimen de agresión*; la Subcomisión

[...] terminó recomendando la inclusión de un aparte en el dispositivo que define el hecho punible, según el cual son crímenes aquellos hechos punibles que como tales se identifiquen en la legislación internacional y en la nacional, sin que ello signifique que se está frente a una tripartición. El delito es el género. Es claro, además, que esta materia es propia de la reforma del Libro Segundo.³⁹

³⁷ Cf. <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=430>.

³⁸ Actualmente el Código Penal, en el numeral 9.º del artículo 4, establece: “Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana: [...] Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena”.

³⁹ <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=430>.

2.2.5. *El anteproyecto de reforma al Código Penal aprobado y remitido por el Tribunal Supremo de Justicia, al Parlamento nacional, para su discusión*⁴⁰

Se trata del último de los anteproyectos de Código Penal que han sido elaborados, en este caso por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), el que lo aprobó y lo remitió a la Asamblea Nacional para su discusión.⁴¹

Puede considerarse un proyecto muy completo pero controvertible por muchas razones que no forman parte del objeto de este estudio, que sin embargo logra abordar el tema de la tipificación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma con ciertas particularidades, empleo de terminología, clasificación, género y especies de delitos que deben ser estudiados, en nuestra opinión, con mucho detenimiento, a fin de establecer si exhaustivamente cumple los requisitos para comprender los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio y los crímenes de guerra, este último no sólo de conformidad con los delitos establecidos en el propio Estatuto de Roma, sino, además, conforme a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como de algunos otros recientes tratados que regulan los métodos y medios de combate y que establecen infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Sobre este trabajo valga señalar también, según lo indican los propios proyectistas, que:

Los documentos matrices empleados para acometer la labor realizada lo constituyen el proyecto de Código Penal de los profesores Jorge Sosa Chacín y José Miguel Tamayo Tamayo, así como los Códigos Penales de España (1995) y Colombia (2000), por ser éstos los más modernos y de más reciente vigencia, amén de próximos a nosotros, lo mismo que los Convenios, Tratados y Pactos Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.⁴²

Ahora bien, es entonces desde la perspectiva de la implementación del Estatuto de Roma que haremos el análisis de este anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado por el TSJ. Para ello necesariamente referiremos al título IV del libro se-

⁴⁰ Cf. <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html>.

⁴¹ El proyecto puede ser consultado en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html>.

⁴² Cf la exposición de motivos del anteproyecto en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html#Exposicion>.

gundo, relativo a crímenes de lesa humanidad (así se denomina), y básicamente a los artículos 339 al 442, exceptuando aquellos relativos al terrorismo (artículos 347 al 358) y al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (artículos 374 al 399) comprendidos erróneamente en nuestra opinión bajo el mismo título. Sin embargo, también es necesario advertir que en el título I (“Principios generales y aplicación de la ley penal”) del libro primero del anteproyecto de reforma, referido a las disposiciones generales, no se resuelve el caso de la extraterritorialidad de la aplicación de la ley penal, como sí lo hace el anteproyecto de la Comisión Mixta (véase *supra*, 2.2.2). En efecto, queda sin modificarse la vigente norma contenida en el numeral 9 del artículo 4⁴³ del Código Penal, que ahora pasa a estar distinguida por el numeral 9 del artículo 12 y que refiere a la exigencia de que el sujeto haya venido a Venezuela para poder tener jurisdicción en el caso de la comisión de delitos que el derecho internacional califica de atroces y contra la humanidad, y ello pese a que en el artículo 13 del anteproyecto *in comento*⁴⁴ se considera la aplicación universal de la ley penal para los delitos internacionales, dentro del cual incluye los *crímenes de lesa humanidad*, una fórmula que en nuestra opinión no satisface los requerimientos de la jurisdicción universal que debe dársele a los crímenes previstos en el Estatuto de Roma, y ello porque la definición dada para los delitos de lesa humanidad por el proyectista, en el artículo 339,⁴⁵ puede no incluir alguna tipología de los crímenes de guerra, pues los crímenes de guerra según el Estatuto de Roma no exigen para su tipificación que sean cometidos en razón de la nacionalidad, raza, religión, cultura, género u opiniones políticas de las víctimas, tal como lo hace erróneamente este anteproyecto. No obstante, encontramos que el contenido del artículo 14 de este anteproyecto de reforma elaborado por el TSJ, referido a los requisitos de perseguibi-

⁴³ Véase *supra*, nota 32.

⁴⁴ Anteproyecto de Reforma al Código Penal aprobado y remitido por el Tribunal Supremo de Justicia al Parlamento Nacional para su discusión, artículo 13: Delitos internacionales: “Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del delito y de la nacionalidad del agente, se penará de acuerdo con la ley venezolana a quienes infrinjan las disposiciones de este código y cometan actos de piratería o crímenes de lesa humanidad; falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres, niños o adolescentes; se ocupen del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y a quienes cometan otras infracciones de tal índole establecidas en los tratados internacionales”.

⁴⁵ Anteproyecto de Reforma al Código Penal aprobado y remitido por el Tribunal Supremo de Justicia al Parlamento Nacional para su discusión, artículo 339: Crímenes de lesa humanidad: “A los efectos de este código se entenderá por crímenes de lesa humanidad, las acciones que con máxima ignominia pongan en peligro el desarrollo y la existencia de los pueblos porque sistemáticamente dañan del modo más grave la dignidad humana en cuanto a la vida, libertad e integridad personal física y moral, perpetrados por funcionarios o particulares, con anuencia o no del Estado y en razón de la nacionalidad, raza, religión, cultura y género u opiniones políticas de las víctimas”.

lidad, sigue estableciendo condicionamientos para una más amplia concepción de aplicación de la jurisdicción universal cuando señala expresamente:

Artículo 14. Requisitos de perseguibilidad. Para la persecución y juzgamiento en Venezuela de los delitos a que se contraen los artículos 12 y 13, se requiere que el agente se encuentre en el territorio de la República y que se ejerce el ejercicio de la acción penal por quien corresponda según la ley.

Se requiere también que el agente no haya sido o esté siendo juzgado por los tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena.

Con esta solución es evidente que el proyectista prevé tanto la jurisdicción nacional como la jurisdicción complementaria de otros Estados parte del Estatuto de Roma.

Otro aspecto a destacar es el artículo 21 de este anteproyecto, que establece las fórmulas de interpretación en los siguientes términos:

Artículo 21. Disposición especial de remisión. A los efectos de la interpretación de los tipos penales tipificados en los libros segundo y tercero de este código, el juez deberá atenerse, cuando sea necesario, a las disposiciones pertinentes de las distintas leyes especiales que regulen en particular una determinada materia. Los tratados, pactos y convenios internacionales ratificados por Venezuela, en cuanto sean aplicables, podrán orientar en la clarificación del contenido y alcance de tales tipos.

Entrando ya en el análisis comparativo de la tipificación del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra previstos en este anteproyecto, y entendiendo las modalidades de redacción, terminología y clasificación que el proyectista ha querido plasmar, nos remitiremos a verificar que los crímenes definidos en el anteproyecto contengan por lo menos los elementos constitutivos de los crímenes descritos por el Estatuto de Roma, aunque se reconoce la necesidad de eliminar las cláusulas analógicas o abiertas presentes en el Estatuto.

En relación con el *crimen de genocidio*, tipificado por el artículo 8 del Estatuto de Roma, encontramos que el proyectista prefiere eliminar el término *crimen* e identificarlo simplemente como *genocidio*, que ubica dentro del género de “crímenes de Lesa Humanidad susceptibles de ser cometidos en todo tiempo”; no obstante, preserva los elementos constitutivos del delito y lo tipifica en general a través de los artículos 340 (actos dirigidos a cometer genocidio), 341 (deportación con fines de genoci-

dio), 342 (circunstancia agravante), 343 (actos dirigidos a cometer genocidio mediante limitación de los nacimientos), 344 (actos dirigidos a cometer genocidio mediante sustracción de niños o adolescentes), y enumera otros crímenes de genocidio que no aparecen en el Estatuto de Roma, a través del artículo 345 anteproyecto de reforma (imposición de marcas o signos distintivos) y el artículo 346 (instigación pública y apología).

Respecto a los crímenes de lesa humanidad previstos en el artículo 7 del Estatuto de Roma, el anteproyecto de reforma al Código Penal del TSJ los tipifica en los artículos 359 al 371, preservando básicamente los elementos constitutivos de la norma internacional; sin embargo, adopta un concepto de *derecho penal humanitario*, que también utilizará en el contexto de los crímenes de guerra tipificados en los artículos 400 al 442 del anteproyecto (por ejemplo, en el artículo 412), que puede traer confusiones en cuanto al ámbito de aplicación material de dicho *derecho penal humanitario*, pues ciertamente los crímenes de guerra sólo pueden materializarse en el marco de un conflicto armado conforme a las definiciones que a tal fin proponen los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II, porque la verificación u ocurrencia de delitos de lesa humanidad no requiere ciertamente la preexistencia de un conflicto armado internacional. Así las cosas, será necesario determinar con absoluta precisión lo que comprenderá el ámbito material del *derecho penal humanitario* en el ámbito de los delitos tipificados en la sección tercera, capítulo I, del título IV, respecto de lo que comprenderá el *derecho penal humanitario* para los delitos tipificados en el capítulo II del mismo título IV.

La sección tercera, capítulo I, del título IV, al tipificar las figuras delictivas comprendidas por el Estatuto de Roma en el artículo 7, adopta modalidades de redacción que difieren textualmente de este último; ello no significa ningún problema, si bien es recomendable revisar los siguientes artículos a fin de constatar que no se coloquen elementos adicionales a los que establece el Estatuto de Roma para configurarse los delitos de lesa humanidad, pues se crearía en tal caso un vacío de jurisdicción nacional sobre crímenes previstos por el Estatuto que, al no estar comprendidos por la legislación nacional, los remiten a la plena competencia de la Corte Penal Internacional:

- a. En cuanto a la desaparición forzada de personas, prevista en el artículo 359 del anteproyecto, es preferible seguir las definiciones básicas que aporta el artículo 7.2.i del Estatuto de Roma.

- b. En cuanto al homicidio y las lesiones en persona protegida, previsto en el artículo 360 del anteproyecto, debe desarrollarse el ámbito material de lo que comprenderá el derecho penal humanitario, para no confundirlo con el derecho internacional humanitario.
- c. El delito de la destrucción de un grupo humano o una población, previsto en el artículo 361 del anteproyecto, que se asemeja casi textualmente al de exterminio comprendido en los artículos 7.1.*b* y 7.2.*b* del Estatuto, comprende el adjetivo *inhumanas* para referirse a ciertas condiciones de vida impuestas en forma intencional que provoquen la privación del acceso a alimentos o medicinas y otros insumos necesarios para la supervivencia, encaminadas a causar la destrucción de parte de un grupo humano o una población. Al respecto, las condiciones intencionales perpetradas por el hombre en un momento dado no pueden parecer objetivamente inhumanas, pero pueden llegar a provocar el cometido que el Estatuto persigue sancionar; es por ello que es preferible retirar tal adjetivo de la redacción.
- d. Algo parecido sucede respecto al delito de *esclavitud* previsto en el artículo 362 del anteproyecto, el cual debe comprender la tipificación que hace el Estatuto de Roma en el artículo 7.1.*c* y 7.2.*c*, pues al excluir de su redacción la frase “o de alguno de ellos”, se establecen más requisitos que los que eventualmente exige el Estatuto de Roma para castigar ese delito de lesa humanidad.⁴⁶
- e. Lo mismo sucede con el delito de *tortura en persona protegida*, previsto en el artículo 363 del anteproyecto, el cual establece más elementos para configurar el delito que los que indica el Estatuto de Roma en el artículo 7.1.*f* y 7.2.*e*.
- f. En relación con la deportación, el traslado o el confinamiento ilegales, previsto en el artículo 388 del anteproyecto, es preferible adoptar la fórmula de redacción que propone el Estatuto de Roma en su artículo 7.2.*d*, con el fin

⁴⁶ Anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado por el TSJ, artículo 362: Esclavitud: “Quienes ejerzan los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, serán sancionados con prisión de diez a trece años y multa de un mil a un mil trescientas unidades tributarias”, (http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto_codigo_penal.html). Cf. con la definición de esclavitud dada por el Estatuto de Roma, artículo 7.2.c: “Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”. Recordemos al respecto que los atributos del derecho de propiedad son el uso, el goce y la disposición.

de evitar colocar en el anteproyecto la concurrencia de un número de elementos mayor que el que exige el Estatuto de Roma para que se configure el delito. Por lo demás, la justificación militar como medio para que se autorice la deportación tampoco es eximente del delito de deportación previsto en el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra en el marco de los conflictos armados.

- g. Por último, es lamentable e inexplicable la exclusión en el anteproyecto del delito de lesa humanidad relativo a la *persecución y ataques contra la población civil*, en la forma que se encuentra previsto por el Estatuto de Roma en los artículos 7.1.b, 7.2.a y 7.2.g; una de las modalidades más peligrosas, por cierto, del autoritarismo y las dictaduras contemporáneas. En efecto, no consideramos que el artículo 339⁴⁷ del anteproyecto contemple los extremos que exige al respecto el Estatuto de Roma.

Para abordar el análisis de los crímenes de guerra y las violaciones graves al derecho internacional humanitario (DIH) tipificados en el anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado por el TSJ, es necesario formular algunas consideraciones preliminares, realizadas sobre la base del criterio del Comité Internacional de la Cruz Roja para la adecuada implementación del Estatuto de Roma,⁴⁸ pero también es necesario abordar el reconocimiento de los crímenes de guerra y las violaciones graves al derecho internacional humanitario que ya se encuentran previstos en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, Venezuela es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 desde el 13 de febrero de 1956,⁴⁹ así como de los Protocolos adicionales de 1977 desde el 23 de julio de 1998,⁵⁰ con lo cual desde entonces existe el compromiso de tomar todas las medidas legislativas necesarias que permitan determinar las sanciones penales para quienes cometan infracciones graves contra dichos tratados.

⁴⁷ Anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado por el TSJ, artículo 339, Crímenes de lesa humanidad: "A los efectos de este código se entenderá por crímenes de lesa humanidad, las acciones que con máxima ignominia pongan en peligro el desarrollo y la existencia de los pueblos porque sistemáticamente dañan del modo más grave la dignidad humana en cuanto a la vida, libertad e integridad personal física y moral, perpetrados por funcionarios o particulares, con anuencia o no del Estado y en razón de la nacionalidad, raza, religión, cultura y género u opiniones políticas de las víctimas".

⁴⁸ También se incorpora parte del material de una guía de trabajo presentada por la autora para participar en el IV Curso Regional Andino de Derechos Humanos para Profesores de Derecho y Profesionales de Organizaciones No Gubernamentales, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Comisión Andina de Juristas, Perú, octubre del 2004.

⁴⁹ La ley aprobatoria de los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 fue publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n.º 481, número extraordinario de fecha 21 de febrero de 1956. Rocío San Miguel: *La vigencia y aplicación del derecho internacional humanitario en Venezuela*, Caracas, 2004. p. 98.

⁵⁰ Los datos de la adhesión al tratado constan en: Comité Internacional de la Cruz Roja: *Participación en los Tratados de Relevancia para el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y su aplicación Nacional. Avances registrados y actividades desarrolladas en los países y organizaciones de América en el 2003*, mimeo, marzo 2004.

Es así que encontramos que, si bien actualmente en el plano legal no se encuentran tipificados los delitos de lesa humanidad y de genocidio en Venezuela, en relación con los crímenes de guerra y otras infracciones graves al derecho internacional humanitario hay algunas tipificaciones en el Código Orgánico de Justicia Militar y el Código Penal que, sin lograr una adecuación total a las formas penales y terminología prevista en el Estatuto de Roma, ni siquiera con las establecidas en los propios Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, significan un precedente legislativo de importancia para la tipificación de los crímenes de guerra y el ejercicio de la tutela judicial efectiva por parte del Estado venezolano en favor de las víctimas.⁵¹

Ahora bien, Venezuela ya había adquirido también, conforme a los artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente, el deber de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves al DIH, contenidas además en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra,⁵² para hacerlas comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad o según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado si éste hubiere formulado cargos suficientes, con lo cual el tema de la jurisdicción universal no debería ser nuevo para el Estado, aunque en realidad exista poca difusión en la doctrina nacional sobre estos antecedentes.

Sin duda, la implementación del Estatuto de Roma en lo que atañe a los crímenes de guerra constituye una feliz oportunidad para actualizar la propia implementación y el cumplimiento de las obligaciones que dimanen de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, armonizándola con las figuras que sobre crímenes de guerra prevé el propio Estatuto de Roma. Se trata básicamente de constatar que el Estado logre edificar una definición de crímenes de guerra, reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal en los que se garantice el cumplimiento de los siguientes artículos:

⁵¹ San Miguel: o. cit.

⁵² Artículo 85.1 del Protocolo adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra.

¿QUÉ DEBE COMPRENDER LA IMPLEMENTACIÓN DEL DIH?

Cuatro Convenios de Ginebra y Protocolo adicional I	Estatuto de Roma
a) Artículos 50, 52, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra. (donde se establecen 12 infracciones específicas al derecho internacional humanitario)	a) Artículos 8.2.b.iii, 8.2.b.xii, 8.2.b.xiv, 8.2.b.xvi, 8.2.b.xvii, 8.2.b.xviii, 8.2.b.xix, 8.2.b.xx, 8.2.b.xxiii, 8.2.b.xxiv, 8.2.b.xxv, 8.2.b.xxvi, respecto a crímenes cometidos en conflictos armados internacionales
b) Artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I de 1977 (donde se establecen 12 infracciones específicas al derecho internacional humanitario).	b) Artículos: 8.2.c y 8.2.e respecto a crímenes cometidos en conflictos armados internos se refiere

Con estas premisas, al analizar la tipificación de los crímenes de guerra realizados por el anteproyecto de reforma al Código Penal del TSJ encontramos que en el libro segundo, título IV, capítulo II, titulado “Crímenes de lesa humanidad susceptibles de ser cometidos en tiempo de guerra”, artículos 400 a 442, básicamente se da cumplimiento a las obligaciones de reprimir los crímenes previstos en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, aunque no se haya adoptado una redacción idéntica a la empleada en estos tratados. Sin embargo, deben formularse las siguientes observaciones:

- a. El concepto de lo que comprenderán las personas y bienes protegidos —ya hemos advertido sobre esto a todo lo largo del análisis realizado a este anteproyecto de Código— se encontrará afectado por los conceptos que se hacen invariablemente de *derecho penal internacional* y de *derecho penal humanitario*, sin que haya claridad sobre si este último refiere al ámbito de aplicación material de lo que abarca el *derecho internacional humanitario*.
- b. La definición de *ataques* prevista en el artículo 402 del anteproyecto, no luce satisfactoria frente a la que propone el artículo 49.1 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, por cuanto coloca requisitos adicionales a los que señala el Protocolo para estar frente al crimen de guerra.
- c. La noción de *necesidad militar* que se presenta en los artículos 416 y 425.1 del anteproyecto parece permitir ataques contra ciertos bienes y personas protegidos por el derecho internacional humanitario.

- d. La definición de *ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas* dada en el artículo 427 del anteproyecto también parece permitir los ataques por necesidad militar, y obliga incluso a la señalización para la protección debida, es decir, añade más requisitos de los que impone el Protocolo adicional I.
- e. El artículo 425 del anteproyecto, cuando refiere al *ataque a bienes culturales*, alude —en forma contraria al Protocolo adicional I— a la posibilidad de excepciones por motivos de necesidad militar. En este sentido es preferible mantener las definiciones textuales que ofrece el Estatuto de Roma sobre el tema, en los artículos 8.2.b.ix y 8.2.d.iv.
- f. El 5 de agosto de 2004 Venezuela sancionó la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y su Reglamento⁵³ y, aunque aún no haya depositado el instrumento de ratificación, es recomendable en este sentido tomar las provisiones de tipificar los crímenes contra los bienes culturales que allí señalan.

También llaman la atención en el anteproyecto, los silencios u omisiones respecto a otros crímenes definidos en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, relativos a:

- a. Los ataque a Zonas Protegidas previstos en los artículos 59 y 60 del Protocolo adicional I, que refieren específicamente a las localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas.
- b. La demora injustificada en la repatriación prevista en los artículos 109 o 108 de III Convenio de Ginebra, 35 ó 134 del IV Convenio de Ginebra y 85 (4)(b) del Protocolo Adicional I.

En relación con la edad permitida para el reclutamiento y la utilización de niños en la guerra, Venezuela es parte del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados,⁵⁴ que eleva la edad de participación de 15 años a 18 años. En pertinente

⁵³ San Miguel: o. cit., p. 11.

⁵⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja: o. cit., Anexo 1.

entonces adecuar la penalización que se hace del reclutamiento y la utilización en las hostilidades de niños menores de 15 años.

En este orden de ideas, la penalización de ciertas conductas previstas por otros tratados de derecho internacional humanitario distintos de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y a los propios crímenes de guerra indicados en el Estatuto de Roma también sería pertinente realizarla en una reforma al Código Penal venezolano. Al respecto podrían incluirse las conductas tipificadas como violaciones graves al DIH previstas, por ejemplo, en:

- a. La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción.⁵⁵
- b. El Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996.⁵⁶
- c. La Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, del 18 de septiembre de 1997.⁵⁷

Por otra parte, se observa en este anteproyecto una clasificación de crímenes de guerra cometidos en conflicto armado internacional y otros cometidos en conflicto armado interno. Tal es el caso de los artículos 403⁵⁸ y 405⁵⁹ del anteproyecto. Al

⁵⁵ Venezuela es parte de este Convenio. La ley aprobatoria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n.º 5.185, extraordinario, de fecha 2 de diciembre de 1997.

⁵⁶ Venezuela sancionó la ley aprobatoria de este protocolo el 6 de mayo del 2004. Aún está pendiente el depósito del instrumento de ratificación.

⁵⁷ Venezuela es parte de este Convenio. La ley aprobatoria de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n.º 37.353 de fecha 27 de diciembre de 2001.

⁵⁸ Anteproyecto de Reforma al Código Penal elaborado por el TSJ, artículo 403, Crímenes de guerra en caso de conflicto armado internacional: “El crimen de guerra en caso de conflicto armado internacional consiste en la violación de las leyes que rigen la guerra y de las costumbres que al respecto tiene la comunidad civilizada de las naciones. Tales violaciones son las siguientes:

“1. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra personas civiles que no intervengan directamente en las hostilidades.

“2. Emplear armas nucleares, químicas o biológicas, que provoquen sufrimientos innecesarios tanto a los combatientes como a la población civil.

“3. Violar los derechos humanos de quienes no participen en las hostilidades armadas y de los combatientes.

“4. Atacar blancos u objetivos sin interés militar, desnuclearizados, sanitarios o declarados neutrales”.

⁵⁹ Anteproyecto de Reforma al Código Penal elaborado por el TSJ, artículo 405, Crímenes de guerra en caso de un conflicto armado nacional: “Constituyen tales crímenes las violaciones graves cometidas contra las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de la Fuerza Armada Nacional que hubieren depuesto las armas o hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa. Tales graves violaciones son las siguientes:

respecto es preferible reunir los elementos constitutivos de unos y otros sin importar la calificación del conflicto.

Éstas son, a grandes rasgos, algunas consideraciones en torno al anteproyecto de reforma al Código Penal elaborado por el TSJ. Cabe por supuesto profundizarlas en razón de ser éste uno de los proyectos de reforma al Código Penal que en forma más completa ha abordado el problema de la implementación del Estatuto de Roma en Venezuela.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial de la ley penal

La ley penal venezolana se rige por el principio de territorialidad y se aplica a nacionales y extranjeros que cometan delitos en el territorio nacional (artículo 3 del Código Penal); también contempla algunas excepciones de aplicación extraterritorial de la ley penal, basadas en el principio de la nacionalidad y el principio de defensa cuando los bienes jurídicos o intereses lesionados son del Estado venezolano (artículo 4, numerales 1 y 2 ejusdem),

En cuanto al *principio de jurisdicción universal*, ni la Constitución ni el Código Penal lo prevén de manera expresa. Sin embargo, Venezuela es parte de tratados internacionales que consagran la jurisdicción universal, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio o los Convenios de Ginebra.

"1. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra civiles que no participen en el conflicto armado nacional.

"2. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, materiales, unidades y medios de transporte sanitario o contra el personal que se distinga con los emblemas de los Convenios de Ginebra según el Derecho Internacional.

"3. Dirigir intencionalmente ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho Penal Internacional concerniente a los conflictos armados.

"4. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, artes, ciencias, beneficencias, monumentos, hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares.

"5. Saquear una ciudad e incluso cuando es tomada por asalto.

"6. Reclutar o alistar niños o adolescentes hasta los quince años de edad, en la Fuerza Armada Nacional o en grupos armados, para que participen activamente en el conflicto.

"7. No dar cuartel o amenazar con ello.

"Parágrafo único. Las acciones tipificadas en este capítulo no son aplicables a las situaciones de tensiones internas y de disturbios nacionales, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar".

Al respecto debe tomarse en consideración que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse en Venezuela como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos (artículo 22 de la Constitución).

Sobre estos preceptos, más el propio avance que el derecho de gentes y la protección de los derechos humanos ha tenido especialmente en los últimos años, incluso tomando como referentes las obligaciones contraídas por Venezuela al suscribir y ratificar el Estatuto que crea la Corte Penal Internacional, no cabe la menor duda de que, respecto a los crímenes más graves contra la humanidad, puede y debe aplicar el principio de jurisdicción universal, sin menoscabo de que debe señalarse en las reformas penales futuras para facilitar su instrumentación por los operadores de justicia.

4. Conclusión

Los obstáculos para la implementación obedecen sin duda a razones políticas, pese a que existen antinomias de carácter constitucional que urgente y ampliamente deben ser abordadas por la jurisprudencia y la doctrina, con el fin de allanar los obstáculos que impidan implementar el Estatuto de Roma en Venezuela. Ello incluye además el deber de perfeccionar los proyectos existentes o acometer nuevos proyectos, que además de superar los obstáculos descritos permitan explorar mecanismos comparados de solución, así como adelantar todo lo relativo a la definición de los crímenes evitando cláusulas abiertas en su contenido o la definición de normas indeterminadas conforme se encuentran presentes en el Estatuto, desarrollar reglas sobre la responsabilidad penal que incluyan las nuevas tendencias del derecho penal internacional en relación a la relevancia del error de prohibición o las responsabilidades frente la obediencia debida, que incluso permita evitar cualquier mecanismo de impunidad que pudiera derivarse de los privilegios e inmunidades que ostenta un grupo bastante extendido de altos funcionarios públicos. También es necesario adelantar la

implementación de los mecanismos de cooperación y de asistencia judicial en materia de entrega de personas a la Corte, redactando normas procedimentales que ratifiquen en el derecho interno las diferencias de contenido y fin que tienen la *extradición* y la *entrega* de personas, especialmente para el caso de tratarse de nacionales venezolanos, para armonizarlo según lo establece el propio Estatuto de Roma, y promover igualmente la adopción de las disposiciones legales necesarias que permitan el auxilio judicial internacional para la aportación de documentos, realización de pruebas, investigación y enjuiciamiento de crímenes y ejecución de las sentencias de la Corte, en sus diversos aspectos.

Por otra parte, es claro que no existe correspondencia entre el interés puesto de manifiesto en la etapa de negociación, adhesión y ratificación, que culminó con la sanción de la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma en Venezuela, y la etapa que desde el año 2002 tendría por objeto la implementación del Estatuto.

Así mismo, es evidente que, aunque el desiderátum político plantea a menudo la importancia y la necesidad de la existencia del Estatuto de Roma, la brecha luce insalvable respecto a los escasos trámites políticos que en la Asamblea Nacional se adelantan para la implementación, pues la tarea aún pendiente, de homologación de diversos aspectos presentes en el Estatuto respecto de ciertos principios constitucionales es mayúscula, a pesar de haberse ratificado el Estatuto, y ello por los problemas de interpretación que en el futuro podrían existir, especialmente al permitir el ejercicio complementario de la jurisdicción que sobre los crímenes previstos en el Estatuto tienen los Estados partes y la Corte penal Internacional, facultados para solicitar la entrega de nacionales venezolanos para su procesamiento.

Respecto a la tarea de Reforma al Código Penal como método escogido para la implementación del Estatuto de Roma, se evidencia inconsistencia política de propósitos cuando la Asamblea, órgano legislador por antonomasia, ignora el trabajo de una comisión técnica instalada a tal fin a petición de la plenaria del foro político parlamentario.

También podría ocurrir que, de la necesidad de llenar el vacío de una reforma integral al Código Penal que incluya la implementación del Estatuto de Roma, se generen respuestas de instituciones distintas al Parlamento, tal como se evidencia de la propuesta de anteproyecto de reforma al Código Penal presentada al Parlamento por el Tribunal Supremo de Justicia. Esto plantea, de un lado, peligros en función de la carga perniciosa que la competitividad institucional puede generar; pero a la vez

oportunidades, y resulta satisfactorio como mecanismo definitivo que dé respuesta a la implementación del Estatuto de Roma, especialmente si consideramos al anteproyecto presentado por el TSJ como el más completo a la fecha para este propósito, pese a los ajustes y revisiones que deben realizarse a su contenido, incluida la parte general y de principios.

Igualmente, luce necesario en el país ir formando un documento base que contenga los elementos claves de la implementación del Estatuto de Roma, como respuesta metodológica viable ante los obstáculos políticos, constitucionales y legales que vayan apareciendo. Es en este contexto y ante la ausencia de un apalancamiento de las instituciones llamadas a desempeñar un papel preponderante en la implementación (Asamblea Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de la Defensa, Ministerio Público e incluso la Defensoría del Pueblo), que el papel de las Universidades y de las ONG debe potenciarse, para dar lugar a iniciativas que permitan cumplir los compromisos internacionales asumidos por el Estado venezolano.

Finalmente, la falta de implementación corre el riesgo de sugerir que el Estado venezolano no puede o no quiere enjuiciar los crímenes cometidos en su territorio previstos en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, no obstante el carácter autoejecutivo (*self executing*) que ostenta el tratado, por contener en su mayor parte normas de derechos humanos, las cuales son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

**Evaluación comparativa.
Implementación
y dificultades de implementación
del Estatuto de Roma
a la luz de la experiencia
latinoamericana**

Ezequiel Malarino

1 • Complementariedad e implementación

La aprobación del Estatuto de Roma ha significado una evolución muy importante en el proceso de internacionalización del derecho. A través de este tratado, la comunidad internacional se ha puesto de acuerdo por primera vez sobre la creación de una jurisdicción penal permanente con vocación universal para juzgar los comportamientos que constituyen (o deberían constituir) la expresión más fuerte del núcleo duro del derecho penal (en cierto modo los prototipos de los *Kernverbrechen*). El ECPI ha contribuido a relativizar, por consiguiente, la idea tradicional según la cual el derecho penal es un ámbito bajo el exclusivo dominio del poder estatal. De todos modos, aun en el sistema del ECPI el juzgamiento de crímenes internacionales sigue siendo un asunto prioritariamente estatal. El modelo de derecho penal internacional diseñado por el ECPI no prevé, en efecto, que la persecución penal de crímenes internacionales sea realizada en primera línea por una instancia internacional, sino por las diferentes jurisdicciones nacionales. La CPI podrá intervenir solamente cuando el Estado que tendría normalmente la jurisdicción “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (artículo 17 del ECPI). De este modo, a través del principio de complementariedad el ECPI adopta un *modelo binario*, pero estratificado en múltiples jurisdicciones: por un lado, una multiplicidad de sistemas nacionales —cada uno con sus propias especificidades— de *actuación prioritaria*; por el otro, la CPI de *actuación complementaria*. El

Estatuto de Roma crea, por tanto, un sistema complejo, compuesto por diferentes subsistemas jurídicos o niveles normativos, y por tanto un sistema que funciona en diferentes velocidades.

Este modelo binario tiene incidencia en la implementación del Estatuto y también será útil para el análisis de los problemas de implementación. Ante todo, él clarifica los diferentes *niveles de implementación*. Así, a los Estados partes se les plantea la cuestión de la adaptación de la legislación interna en dos niveles:

- por un lado, a fin de hacer posible la persecución de crímenes internacionales *en el propio Estado*;
- por el otro, a fin de cooperar (en sentido amplio) con la persecución de crímenes internacionales *por la CPI*;

Por otra parte, él repercute en las *obligaciones de implementación*. El Estatuto de Roma sólo *obliga* a los Estados partes a adaptar sus legislaciones internas para favorecer la jurisdicción *complementaria* de la CPI. En este sentido, cada Estado que ratifica el Estatuto de Roma se compromete a:

- regular todo lo atinente a la cooperación con la CPI (artículos 86 y 88 del ECPI).¹
- incorporar en su legislación interna tipos penales para la protección de la administración de justicia de la Corte (artículo 70, apartado 4, del ECPI)

El incumplimiento de estas obligaciones genera, en principio, responsabilidad internacional.

Por el contrario, no existe ninguna “obligación de implementación” *en el Estatuto* para hacer posible un juzgamiento en el Estado parte; esto es, el Estatuto no obliga a los Estados partes a modificar su derecho interno para que sus propios tribunales puedan llevar adelante el juicio.² Así, un Estado parte podría decidir, por ejem-

¹ Ambos —en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, p. 25— habla en este caso de una obligación fáctica.

² Esta obligación de implementación puede surgir, sin embargo, de convenciones internacionales (por ejemplo, como prevé para el delito de genocidio el artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio) o del derecho constitucional del Estado (como, por ejemplo, el derecho alemán dispone el artículo 26 I de la GG respecto de la preparación de una guerra de agresión).

plo, no incorporar crímenes internacionales y aceptar que en caso de que se produzca un crimen dentro de su jurisdicción sea la Corte la que lleve a cabo el proceso. En efecto, el Estado parte está obligado por el Estatuto de Roma sólo a ceder su jurisdicción en caso de no contar con capacidad o voluntad de persecución (artículo 17 del Estatuto de Roma) y a colaborar ampliamente con la CPI. En pocas palabras: él debe colaborar a que la Corte pueda funcionar.

A *primera vista*, puede parecer *contradictorio* prever la prioridad de la jurisdicción nacional sin establecer al respecto una obligación expresa de implementación y, en cambio, sí establecerla en relación con la jurisdicción complementaria de la CPI; sin embargo, esta decisión es perfectamente comprensible en el sistema del Estatuto de Roma; en él, la jurisdicción nacional *prioritaria* ha de funcionar por el *incentivo de no perder la soberanía*, esto es, el incentivo que significa para todo Estado poder juzgar por sí mismo sus conflictos internos. La existencia de una CPI de actuación complementaria lista a intervenir en caso de que fallen las instancias estatales también en virtud de *falta de legislación adecuada* (incapacidad de persecución, artículo 17, apartado 1, letra *a*, segunda parte, del ECPI)³ es entonces un importante factor de estimulación y promoción de la implementación en el ámbito nacional.

El sistema de la complementariedad tiene también como finalidad que los Estados se provean de los instrumentos jurídicos adecuados y decidan, de ser necesario, utilizarlos en la práctica. La activación de la competencia de la CPI (y la consiguiente pérdida de la porción de soberanía que significa la jurisdicción) opera por tanto como un estímulo para la implementación estatal. En este marco, es entendible por qué el ECPI ha creado obligaciones de implementación únicamente para hacer posible el (buen) funcionamiento de la CPI. Sólo la ratificación (consentimiento a una posible cesión de la competencia) y el cumplimiento de estas obligaciones de cooperación (lo cual implica, de ser necesario, un deber de implementación jurídico y un deber de cumplimiento del mandato de cooperación en la práctica) garantizan que frente a la comisión de un crimen internacional siempre exista una jurisdicción con posibilidades reales de funcionamiento. En definitiva, aun cuando el Estatuto de Roma no prevea una obligación expresa de adaptar las legislaciones internas para

³ Artículo 17.1.a, segunda parte: que “el Estado que tiene la jurisdicción [...] *no pueda realmente*” hacer la investigación o el enjuiciamiento (*cursiva agregada*). La amplitud del término “no pueda realmente hacerlo” permite incorporar en él la ausencia de condiciones tanto fácticas como jurídicas.

juzgar *en el ámbito nacional* los crímenes internacionales, es innegable que un objetivo de este instrumento internacional es que los Estados sean los que se encarguen prioritariamente del juzgamiento de tales crímenes. Esto mismo expresa el sistema de la complementariedad, el cual, por un lado, concede a los Estados el juzgamiento prioritario, pero, por el otro, vigila ese juzgamiento y amenaza con tomar la jurisdicción. De esto modo, a través del sistema de la complementariedad el Estatuto procura indirectamente la adaptación de las legislaciones nacionales (incentivo de no perder la jurisdicción).

El ECPI procura, por consiguiente, la adaptación de las legislaciones de los Estados partes *directamente* a través de la imposición de obligaciones expresas de implementación e *indirectamente* a través del incentivo de conservar la jurisdicción creado por el sistema de la complementariedad (incapacidad de persecución en virtud de *falta de legislación adecuada*, artículo 17, apartado 1, letra *a*, segunda parte, del ECPI). El primer caso puede nombrarse como *implementación obligatoria* y la falta de implementación puede conducir a responsabilidad internacional. El segundo puede calificarse como *implementación facultativa* y la ausencia de implementación puede conducir a la pérdida de la jurisdicción y con ello del *ius puniendi*.

A través de estas obligaciones o inducciones de implementación el ECPI no busca, sin embargo, una unificación de los derechos nacionales. Por tal razón, no impone un modelo específico de adaptación y, en especial, no impone una obligación de implementación literal. Sin embargo, el ECPI proporciona ciertos *parámetros* o guías para la implementación, cuyo cumplimiento producirá un acercamiento de las regulaciones nacionales. En este sentido, el ECPI va a desencadenar sin dudas un efecto de armonización de los derechos estatales. Ejemplos de parámetros de implementación existen tanto en el ámbito de la implementación obligatoria, como en el de la implementación facultativa.

En el ámbito de las obligaciones de implementación para hacer posible la jurisdicción suplementaria de la CPI (implementación obligatoria), el artículo 88 dispone que los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a *todas* las formas de cooperación especificadas en la parte IX, relativa a la cooperación internacional y la asistencia judicial. De este modo, si bien la manera concreta de implementación dependerá de las especificidades de cada Estado (por ejemplo, de su tradición y técnica jurídica), el Estatuto proporciona una guía bastante completa de lo que debe hacer el Estado para cumplir con la obligación

de implementación. Esto es, enuncia ciertas formas de cooperación y asistencia que todo Estado parte debe estar en condiciones de llevar a cabo (detención, entrega y otras formas de cooperación, artículos 89, 92 y 93) y prevé pormenorizadamente determinados procedimientos (por ejemplo, requisitos de la solicitud de cooperación, artículo 87; solicitudes concurrentes, artículo 90; contenido de la solicitud de detención y entrega, artículo 91). Por otra parte, también en el marco de la implementación obligatoria el artículo 70, apartado 4, del ECPI establece el deber de los Estados partes de incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos delitos para la protección de la administración de justicia de la Corte. De la lectura de esta disposición se advierte que se trata sólo de una obligación de incorporación de tipos penales (aquellos previstos en el apartado 1 de ese mismo artículo) y no de sanciones. Esto es evidente en cuanto la obligación de implementación se limita expresamente a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el apartado 1 de ese artículo, donde se encuentran sólo tipificaciones. A su vez, el artículo 70, apartado 4, provee pautas de implementación relacionadas con la aplicación de la ley en el espacio. El Estado deberá admitir la jurisdicción de sus tribunales no sólo si los delitos contra la administración de justicia de la CPI son cometidos en su territorio, sino también por sus nacionales. De esta forma, se impone como parámetro de implementación el principio de territorialidad y el de nacionalidad activa.

En el ámbito de la implementación facultativa, esto es, para hacer posible un proceso por crímenes internacionales en el propio Estado, también existen ciertas pautas de implementación. En principio, si el Estado parte no quiere correr el riesgo de perder la competencia, deberá contar con tipos penales para reprimir los comportamientos respecto de los cuales la CPI es competente y está actualmente en condiciones de juzgar (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra). Esto ya proporciona ciertas pautas acerca del objeto de la implementación. La respuesta en concreto acerca de la modalidad de implementación dependerá de cuestiones relacionadas con la tradición jurídica y técnica legislativa vigente en cada Estado y, asimismo, de sus especialidades constitucionales. Respecto de la implementación de crímenes internacionales, parece que se trata de una implementación en el nivel de tipificación de conductas. En cuanto a las sanciones, el Estatuto concede a los Estados un margen de libertad (artículo 80 del ECPI). Por otra parte, el mecanismo de la subsidiariedad podrá provocar una implementación de garantías procesales en el derecho interno en virtud de la posibilidad de la CPI de conocer en un caso si la causa

“no hubiere sido instruida en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional” (artículo 20, apartado 3, letra *b*). Si se entiende que la CPI puede conocer un proceso no sólo cuando tales garantías no hayan sido respetadas de hecho, sino también cuando el Estado no cuente en absoluto con ciertas garantías reconocidas por tratados y convenciones internacionales, entonces el Estado que no posea un proceso penal acorde con estos estándares internacionales y no quiera de ningún modo ceder eventualmente su soberanía se verá inducido a adecuar su legislación en el sentido indicado. Aquí, las pautas vienen dadas por los instrumentos internacionales (o regionales) concernientes a la materia.

En este sentido, se advierte que el ECPI cumple una doble función: por un lado, es la fuente de derecho principal para la jurisdicción suplementaria de la CPI (artículo 21); por el otro, constituye el *punto de referencia para la implementación*, tanto en cuanto se refiere a la cooperación (en sentido amplio) con el funcionamiento del sistema de justicia internacional de la CPI (implementación obligatoria), como en relación con las modificaciones al derecho interno necesarias para que la jurisdicción prioritaria pueda realizarse sin riesgos de activación de la competencia de la CPI (implementación facultativa).

La manera y el alcance de la implementación, esto es, la adopción de opciones concretas de regulación, dependerá de diversos factores. En principio, la implementación dependerá de si el Estado se compromete solamente con el adecuado funcionamiento de la CPI o si, además de ello, se propone hacer posible un juzgamiento autónomo en el ámbito nacional. También dependerá de si el Estado respectivo ya cuenta en parte con normas que realicen las exigencias del Estatuto de Roma (por ejemplo, ya cuenta con tipificaciones de crímenes internacionales). Desde otro punto de vista, las elecciones de implementación estarán influidas ya por la pertenencia a un sistema de derecho, por la tradición jurídica y por las especificidades normativas y especialmente constitucionales de un ordenamiento jurídico determinado. Este último aspecto plantea delicadas cuestiones en el proceso de ratificación e implementación, pues no siempre el derecho del Estatuto de Roma es enteramente compatible con el derecho constitucional estatal. En este sentido, el derecho constitucional estatal puede poner *obstáculos* a la ratificación e implementación. Sobre algunas cuestiones relacionadas con este tipo de obstáculos y sus caminos de solución en la experiencia de ratificación e implementación latinoamericana versarán las siguientes conside-

raciones. (sección 2). A continuación se analizará la cuestión de si la creación de la CPI debería desempeñar algún papel en la regulación del principio de jurisdicción universal; ella es, como se verá más adelante, trascendental para el sistema de la complementariedad (sección 3).

2. Obstáculos constitucionales a la ratificación e implementación del Estatuto de Roma

Un rápido repaso de la experiencia de ratificación e implementación muestra que la existencia de problemas de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y los derechos constitucionales estatales es moneda corriente. Esto no sorprende, si se tiene en cuenta que el Estatuto de Roma es el resultado de un necesario *compromiso* entre ordenamientos y culturas jurídicas muy diferentes. Un texto que pretende aceptación universal difícilmente podrá satisfacer acabadamente las exigencias constitucionales de todos los Estados partes. Lo que en muchos Estados puede ser inobjetable desde el punto de vista constitucional, en otros puede ser visto como una lesión al orden constitucional. Un ejemplo elocuente de esto es la diferente comprensión del principio de culpabilidad en el ámbito del *common law* y en el del *civil law* y su repercusión sobre la relevancia del error de derecho (*mistake of law*) o error de prohibición (*Verbotsirrtum*).

En América Latina, estos problemas han disturbado el proceso de implementación y, en algunos casos, han impedido incluso la ratificación del Estatuto. Los problemas que más frecuentemente se han presentado a la hora de llevar a la práctica, en la legislación interna, los *inputs* emanados del ECPI o que, en todo caso, podrían dificultar este proceso son los siguientes: la previsión por el Estatuto de la pena a prisión perpetua (artículo 77, apartado 1, letra b) en los Estados que contienen una prohibición constitucional de esta clase de pena;⁴ algunas tipificaciones consideradas demasiado imprecisas

⁴ Cf. los informes de Brasil (IBCCRIM), El Salvador (Martínez Ventura), Costa Rica (Hernández Balmaceda), México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain) en este volumen. Cf. para Colombia la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

para el principio de legalidad (por ejemplo, artículo 7 apartado 1, letras *g*, *h* y *k*)⁵; la indefinición de los supuestos en los cuales la CPI podría aplicar la prisión a perpetuidad;⁶ la posible afectación del principio de culpabilidad por la irrelevancia del error de derecho (artículo 32)⁷ o la presunción de la ilicitud de las órdenes a cometer genocidio o crímenes contra la humanidad (artículo 33 apartado 2)⁸; la posibilidad de la CPI de reabrir un proceso en ciertos casos (artículo 20, apartado 3) en los Estados que consideran el *ne bis in idem* como un valor constitucional;⁹ la irrelevancia del cargo oficial (artículo 27) donde existan inmunidades o procedimientos especiales para el juzgamiento de altas autoridades estatales;¹⁰ la obligación de entrega de personas a la CPI (artículos 88 y 89) en Estados que establecen por vía constitucional la prohibición de extradición de sus ciudadanos;¹¹ la regulación de la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI (artículo 29);¹² la afectación de la soberanía estatal por el establecimiento de una jurisdicción supranacional.¹³

Cómo resolver estos problemas es actualmente la cuestión central en los procesos de ratificación e implementación latinoamericanos. En lo siguiente se analizarán dos cuestiones básicas que se plantean a los Estados a este respecto. Por un lado, en el marco de la implementación necesaria para al funcionamiento de la CPI, se abordará la cuestión de la necesidad de una reforma constitucional para aceptar la jurisdicción de la CPI y, con ello, el diferente estándar de derechos del ECPI. Principalmente, pero no siempre, éste es un problema que se plantea ya en el proceso de ratificación, es decir, en vista de una futura ratificación. Por otro lado, en el ámbito de la implementación tendente a posibilitar el juicio de crímenes internacionales en el Estado, se realizarán algunas consideraciones sobre el margen de libertad de los Estados en la elección de opciones legislativas.

⁵ Cf. los informes de Argentina (Parenti), Brasil (IBCCRIM), Chile (Guzmán Dalbora); México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain), en este volumen. Sobre la posible fricción entre prisión perpetua y la finalidad de la pena de la reinserción social, cf. los informes de Perú (Caro Coria) y Paraguay (Montanía), en este volumen.

⁶ Cf. el informe de Argentina (Parenti).

⁷ Cf. los informes de Chile (Guzmán Dalbora) y México (Neri Guajardo), en este volumen.

⁸ Cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

⁹ Cf. los informes de Brasil (IBCCRIM), El Salvador (Martínez Ventura), Chile (Guzmán Dalbora); Paraguay (Montanía) y México (Neri Guajardo), en este volumen. Respecto de Colombia, cf. la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

¹⁰ Cf. los informes de Brasil (IBCCRIM), El Salvador (Martínez Ventura), Chile (Guzmán Dalbora), Costa Rica (Hernández Balmaceda), Paraguay (Montanía), Bolivia (Santalla Vargas), México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain), en este volumen. Cf. también la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana.

¹¹ Cf. los informes de Brasil (IBCCRIM), El Salvador (Martínez Ventura), Costa Rica (Hernández Balmaceda) y Paraguay (Montanía), en este volumen.

¹² Sobre la discusión en Colombia, cf. la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

¹³ Cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen

2.1. La cuestión del aval constitucional a la jurisdicción de la CPI y al diferente estándar de garantías del ECPI

2.1.1. El problema

La primera condición para el funcionamiento de la CPI es la ratificación por los Estados. A través de ella el Estado acepta de manera general la competencia complementaria de la CPI respecto de los hechos cometidos en su territorio, a bordo de sus buques o aeronaves o por sus nacionales (artículo 12.1 y 12.2 del ECPI) y se obliga a cooperar con este tribunal internacional. Sin embargo, el establecimiento de un poder jurisdiccional penal internacional con competencia respecto de hechos ocurridos en el territorio soberano estatal y la regulación dada por el Estatuto de Roma a determinadas materias han llevado a varios Estados a preguntarse, ya frente a la perspectiva de la ratificación, sobre la compatibilidad constitucional de este texto internacional. En este sentido, la cuestión ha radicado en saber si era necesaria una reforma constitucional *previa* a la ratificación para dar base constitucional a la jurisdicción de la CPI y, especialmente, a la utilización por ésta de un cuerpo normativo con un estándar de garantías distinto, en ciertas materias, del que establece la Constitución estatal.

En el ámbito latinoamericano esta cuestión ha estado presente en varios Estados. Especialmente, ha ocupado un lugar importante en Colombia, Chile, México, El Salvador, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y, en cierta medida, también en Brasil. Mientras en Colombia¹⁴ y México¹⁵ estas discusiones llevaron a una modificación de la Constitución Política y en Chile¹⁶ y El Salvador¹⁷ tal reforma es considerada necesaria, en Costa Rica,¹⁸ Ecuador¹⁹ y Guatemala,²⁰ por el contrario, las respectivas jurisdicciones de constitucionalidad han estimado innecesaria una reforma de la Cons-

¹⁴ Acto legislativo 02 de 2001 por el cual se incorpora un segundo párrafo al artículo 93 de la Constitución. Esta reforma permitió la aprobación del Estatuto de Roma por ley n.º 742 del 5 de junio de 2002. Al respecto, más adelante en el texto.

¹⁵ Reforma constitucional de 20 de junio de 2005

¹⁶ Así lo estimó la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002. Para más detalles cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

¹⁷ Cf. al respecto el informe de El Salvador (Martínez Ventura), en este volumen.

¹⁸ Sala Constitucional, consulta preceptiva de constitucionalidad de 1 de noviembre de 2000. A consecuencia de esta declaración de compatibilidad constitucional el ECPI fue aprobado por el Parlamento el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y ratificado el 7 de junio de 2001. Cf., para mayores detalles, el informe de Costa Rica (Hernández Balmaceda), en este volumen.

¹⁹ Cf. Tribunal Constitucional, resolución n.º 038-2001-TP de 22 de febrero de 2001. La aprobación de la ratificación del Estatuto por el Congreso ocurrió el 18 de diciembre de 2001; el depósito del instrumento de ratificación, el 5 de febrero de 2002.

²⁰ Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva de 25 de marzo de 2002. Hasta el momento Guatemala no ha ratificado el Estatuto.

titución para posibilitar la ratificación. En Brasil, por su parte, pese a que no fue considerada necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación, una enmienda constitucional destinada a aceptar la jurisdicción de la CPI fue finalmente aprobada en diciembre del 2004 y, por tanto, a más de dos años de la ratificación del Estatuto por ese país.²¹ En los restantes países de la región la discusión no ha tenido una importancia semejante. De todos modos, en cuanto a estos Estados, es evidente que aquellos que han aprobado y ratificado el ECPI —como es el caso de Venezuela, Argentina, Paraguay, Perú, Panamá, Honduras, Bolivia y Uruguay— han reconocido al menos implícitamente la inexistencia de incompatibilidades. Sin embargo, a diferencia de Costa Rica, Ecuador y Guatemala, donde la compatibilidad del Estatuto ha sido declarada expresamente por sus respectivos tribunales constitucionales en cumplimiento de un control previo de constitucionalidad, en los Estados que sólo cuentan con un sistema de revisión de constitucionalidad *a posteriori*²² la decisión final sobre la conformidad constitucional del Estatuto sólo podrá ser dada por la autoridad judicial encargada de resolver cuestiones de constitucionalidad en el caso eventual de que se presente a su conocimiento un asunto concreto de incompatibilidad (por ejemplo, frente a un pedido de cooperación). Por ello, en estos casos se podría hablar sólo de una declaración de compatibilidad precaria. La aceptación implícita o explícita de la compatibilidad entre el sistema del Estatuto de Roma y las normas constitucionales estatales no significa, sin embargo, que no puedan existir problemas de implementación de índole constitucional; ella sólo significa que para esos Estados no se afecta el orden constitucional ni por la realización de un proceso por la CPI como jurisdicción complementaria, ni por el diferente nivel de derechos utilizado ésta.

Sin embargo, no es para nada obvia la conclusión de la compatibilidad del Estatuto y de la jurisdicción complementaria de la CPI en Estados que conceden *rango constitucional*, por ejemplo, a un principio de legalidad (estricto), al principio de culpabilidad (comprendido, por ejemplo, en el sentido de excluir la culpabilidad en caso de errores de prohibición inevitables), a la proscripción de la pena de prisión

²¹ Incorporación de los párrafos 3 y 4 al artículo 5 de la Constitución, enmienda constitucional n.º 45 de 8 de diciembre de 2004. Sobre los problemas constitucionales en Brasil véase, además del Informe de Brasil (IBCCRIM) en este volumen, Japiassú, en Ambos y Japiassú (eds.): *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios*, Rio de Janeiro: Lumen, pp. 199 ss., y Choukr: "O Brasil e o Tribunal Penal Internacional: Abordagem inicial à proposta de adaptação da Legislação Brasileira", en Ambos y De Carvahlo (eds.): *O Direito Penal o no estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*, Rio de Janeiro: Lumen, pp. 61 ss.

²² O que cuentan sólo un control previo *facultativo* y esta posibilidad no ha sido utilizada.

perpetua o al principio del *ne bis in idem*. Todos los Estados de la región contienen en su Carta constitucional una o varias de las garantías recién mencionadas. Aquí cabe formular la siguiente pregunta: ¿debería un Estado ratificar un instrumento internacional que crea un sistema penal en el cual no se respetan determinadas garantías de rango constitucional consideradas indispensables en el derecho interno sin intervenir previamente en su texto constitucional allanado las dificultades? La respuesta habrá de depender seguramente del valor que cada ordenamiento jurídico otorgue a los tratados internacionales y, específicamente, al ECPI. En aquellos ordenamientos jurídicos en que el ECPI se incorpora con rango infraconstitucional, una reforma constitucional previa a fin de admitir un régimen diferente de garantías cuando la CPI ejerce su jurisdicción complementaria parece ser la solución más adecuada desde el punto de vista constitucional. Así, por ejemplo, en un Estado en el cual la ratificación concedería al Estatuto sólo un rango inferior a la Constitución y en el cual, por su parte, el principio de legalidad concebido estrictamente es un valor constitucional supremo, la reforma previa en el sentido indicado sería necesaria, pues un cuerpo normativo que en el orden interno goza de rango inferior a la Constitución no podría avalar una jurisdicción penal internacional en la cual, pese a reconocer el principio de legalidad, no lo garantiza en la medida requerida por el derecho constitucional interno. Las mismas consideraciones podrían hacerse en cuanto a la irrelevancia del error de derecho (artículo 32, ECPI) en Estados que consideran el conocimiento (al menos potencial) de la antijuridicidad como una exigencia del principio constitucional de culpabilidad. De igual modo sucede respecto del *ne bis in idem*: ¿podrían coexistir sin fricciones en un ordenamiento jurídico la garantía constitucional del *ne bis in idem* y un tratado internacional de rango inferior que permite decidir a una Corte internacional, por medio del principio de complementariedad (artículo 17 del ECPI), si el proceso realizado por un tribunal nacional debe reabrirse en la jurisdicción internacional (artículo 20.3 del ECPI)? Los Estados que reconocen en el orden constitucional interno una prohibición estricta del *bis in idem* y en los cuales el ECPI ingresa con rango inferior a la Constitución no deberían ratificar este instrumento internacional sin antes permitir, también por vía constitucional, una excepción a la vigencia del principio en caso de competencia suplementaria de la CPI. En los Estados donde el Estatuto ingrese con rango constitucional, la existencia de posibles conflictos se presentará como una cuestión de conflicto intraconstitucional. Aquí se podría plantear si la nueva incorporación constitucional es suficiente para eliminar cualquier tipo de

tensión con las normas constitucionales antecedentes o si sería recomendable allanar eventuales problemas a través de una cláusula constitucional expresa. Esta cuestión no puede ser abordada en el marco de este trabajo, pues requiere de un estudio pormenorizado del sistema constitucional de cada Estado que en este lugar no puede llevarse a cabo. La respuesta a esa cuestión dependerá especialmente de si la Carta constitucional respectiva establece prioridades en favor de determinadas normas constitucionales (por ejemplo, las que reconocen derechos y garantías a los ciudadanos) o, en general, de si cuenta con mecanismos para resolver problemas intraconstitucionales. De todos modos, al menos para los Estados en los que el ECPI ingresa con nivel infraconstitucional, la reforma constitucional previa a la ratificación parece ser una solución adecuada para resolver *en el derecho interno* eventuales problemas de incompatibilidad que genere la ratificación del Estatuto.

La importancia de una reforma tendente a aceptar el distinto tratamiento de determinadas materias o principios en el sistema penal internacional *complementario* es aún más evidente si se tiene en cuenta que el ECPI no admite reservas y establece un organismo jurisdiccional con competencia en el territorio y sobre los nacionales de los Estados partes. De otra forma, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico estatal no se podría fundamentar razonablemente por qué una persona que ha cometido un crimen en su territorio y que, por tanto, goza de ciertas garantías constitucionales puede ser desprovista de ellas por un instrumento internacional que posee en el derecho interno solamente rango inferior a la Constitución. Si un Estado desea ratificar el Estatuto (y aceptar, por consiguiente, la competencia de la CPI), debe estar dispuesto a asumir los compromisos que de allí se deriven y también a solucionar eventuales conflictos entre normativa interna y normativa internacional del Estatuto que puedan afectar el buen *funcionamiento de la jurisdicción de la CPI*. Si *tales* conflictos pudieran suscitarse por la falta de compatibilidad del derecho del Estatuto de Roma con la Constitución estatal interna, entonces el Estado que quiere ser parte de este tratado deberá efectuar las reformas pertinentes para que la jurisdicción de la CPI no se vea impedida o perturbada por problemas de derecho interno. Por el contrario, si un Estado no está dispuesto a aceptar una reducción de sus garantías básicas para el supuesto eventual de que la CPI conozca un hecho que originariamente caía bajo su jurisdicción, entonces no debería siquiera ratificar el Estatuto o, en el caso de que ya lo hubiere hecho, debería estar dispuesto a denunciarlo.

En Latinoamérica, como se ha señalado, sólo cuatro países han estimado necesaria una reforma constitucional *previa* a la ratificación y hasta ahora sólo dos la han conseguido. Los restantes Estados podrán realizar, de todos modos, una reforma posterior a la ratificación, tal como recientemente ha hecho Brasil. Ésta sería aconsejable si se dan las condiciones siguientes: a) la Constitución estatal contiene ciertas garantías o principios que el Estatuto de Roma no respeta adecuadamente; b) el Estatuto de Roma goza en el ordenamiento interno de rango inferior a la Constitución; c) no ha existido una declaración de compatibilidad del Tribunal Constitucional. Una reforma en tal sentido despejaría toda duda sobre la compatibilidad del Estatuto con el orden constitucional y evitaría, de este modo, el riesgo de que una eventual demanda de cooperación de la CPI (por ejemplo, una solicitud de detención y entrega) se vea frustrada porque la autoridad judicial nacional competente, en el caso concreto, declare la incompatibilidad del Estatuto con los principios fundamentales del Estado.²³ A este riesgo se aludía anteriormente cuando se expresó que la declaración de compatibilidad por el solo hecho de la aprobación y ratificación del Estatuto es precaria.

2.1.2. Las soluciones propuestas

Todos los Estados que en América Latina han modificado o proponen modificar la Constitución a fin de brindar una base constitucional a la actuación de la CPI y a la utilización por ésta de un cuerpo normativo con un estándar de garantías diferente del garantizado por la propia Constitución han seguido el camino de la *solución general*, transitado primeramente por Francia.²⁴

²³ Respecto de la decisión sobre la aceptación o el rechazo de una solicitud de entrega en virtud de la falta de compatibilidad entre la Constitución estatal y el ECPI, podría tener relevancia la distinción de si la persona requerida hubiera podido ser juzgada por el Estado requerido en razón de su jurisdicción prioritaria o si la persona requerida no hubiera podido ser juzgada por el Estado requerido, sino por un tercer Estado. Para esta distinción y sus diferentes consecuencias, cf. el interesante análisis en el Informe de Argentina (Parenti), en este volumen.

²⁴ En Francia, la declaración de incompatibilidad parcial del Estatuto con la Constitución por afectar "condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía" (sentencia del Consejo Constitucional del 22 de enero de 1999) motivó la incorporación a la Constitución del artículo 53-2 (ley constitucional 99-568 del 8 de julio de 1999). Esta disposición dispone lo siguiente: "La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte penal internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998". Tal reforma posibilitó la ratificación ocurrida el 9 de junio de 2000. En concreto, los problemas de compatibilidad se referían a las reglas de la prescripción, de inmunidades, a la amnistía y al principio de exclusividad de la jurisdicción francesa en el territorio francés. Una solución similar siguió Luxemburgo con la reforma al artículo 118 de la Constitución por ley de 8 de agosto de 2000.

A este tipo de solución se opone una *solución específica* que compatibiliza en el plano constitucional cada norma individual que puede entrar en conflicto con el Estatuto. Éste fue el camino seguido, por ejemplo, por Alemania (modificación del artículo 16, apartado 1, de su Constitución²⁵) y Rumania (artículo 19 de su nueva Constitución del 2003) para posibilitar la entrega de sus nacionales a la Corte Penal Internacional.

La primera experiencia en este sentido fue la colombiana, que a través del acto legislativo n.º 2 del 2001 incorporó al artículo 93 de la Carta fundamental el siguiente párrafo:

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte penal internacional en los términos previstos por el Estatuto de Roma adoptado el 18 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Esta última frase que limita el “tratamiento diferente” exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto ha de entenderse en el sentido de que rige solamente en cuanto a la jurisdicción subsidiaria de la CPI; esto es: Colombia no se opone a la existencia de un nivel diferente de garantías en el orden internacional y admite la competencia de la CPI. No se refiere, por tanto, a que el Estado colombiano acepta también un tratamiento diferente aun cuando juzguen los tribunales locales. En este sentido, en la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes se expresa:

[...] se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el *non bis idem* a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma.²⁶

²⁵ Al respecto, cf. el trabajo de Ambos en este volumen.

²⁶ Ponencia de Carlos Germán Navas Talero (*Gaceta del Congreso* n.º 296, 13 de junio de 2001, páginas 15 y 16). En el mismo sentido el Informe de Ponencia del Primer Debate del proyecto de acto legislativo Acto legislativo 014 de 2001 del Senado, *Gaceta del Congreso* 114, 9 abril de 2001.

Esta reforma ha posibilitado la ratificación del Estatuto, efectuada finalmente con la ley n.º 742 de 5 de junio de 2002. La Corte Constitucional colombiana, en la providencia n.º C-578 de 2002, ha revisado y confirmado la constitucionalidad de esta ley²⁷ y ha avalado el entendimiento de que únicamente se admite un tratamiento diferente en las materias reguladas por el Estatuto cuando la CPI ejerce su jurisdicción complementaria y no, por tanto, cuando el Estado colombiano juzgue prioritariamente el caso.²⁸

Brasil fue el segundo Estado latinoamericano en reconocer a través de su Constitución la jurisdicción de la CPI. La reforma, ocurrida en diciembre del 2004, incorporó el siguiente párrafo al artículo 5 de la Constitución:

El Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha manifestado adhesión

En el caso brasileño, la reforma no tuvo por objeto posibilitar la ratificación, la cual ya había tenido lugar más de dos años antes. De todos modos, fue el fruto tardío de las discusiones acerca de cómo resolver los conflictos entre el orden constitucional interno y el Estatuto de Roma.

Recientemente, el 20 de junio del 2005, México concluyó su proceso de reforma constitucional considerada necesaria para la ratificación del Estatuto. El proceso de reforma había comenzado en diciembre del 2001 con una iniciativa del Poder Ejecutivo, la cual, luego de un largo trámite, fue aprobada por las dos Cámaras del Congreso y por la mayoría de las legislaturas provinciales. La reforma añadió el siguiente párrafo al artículo 21:

²⁷ Cf., al respecto, Aponte, Informe de Colombia, en Ambos y Malarino (eds.): o. cit., pp. 202 ss.

²⁸ Así, por ejemplo, expresa en relación con los fueros y procedimientos especiales previstos en el orden interno: "En segundo lugar, como quiera que de conformidad con el Preámbulo del Estatuto y los artículos 1 y 17 del mismo, la Corte tiene una jurisdicción complementaria que asegura que sean las autoridades nacionales las que tengan la primacía para juzgar y sancionar a quienes sean responsables de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, las normas sobre fuero e inviolabilidad que consagra nuestra Carta, siguen siendo aplicables en esos eventos y cuando sean nuestras autoridades las que juzguen, puesto que el Estatuto no modifica dichas disposiciones en el ordenamiento interno". O también cuando admite, entre otros motivos, la aplicación de la pena a perpetuidad por la Corte penal internacional pese a la prohibición del artículo 34 de la CN colombiana, pues: "la imposición de una pena a cadena perpetua no sería competencia de los jueces nacionales".

El Ejecutivo Federal podrá con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La doctrina ha presentado ciertos reparos en cuanto al contenido de esta fórmula. Especialmente no es claro qué significa el requisito del reconocimiento “en cada caso”. Si con esta fórmula se pretende un *reconocimiento* de la jurisdicción del CPI ante cada hecho concreto que pudiera involucrar de alguna manera al Estado mexicano (por ejemplo, cada vez que se solicita su cooperación), entonces con ella no se ha ganado gran cosa. Si esto fuera realmente así, la reforma no serviría de mucho a la solución de posibles incompatibilidades; más bien, se habría introducido en la propia Constitución una *válvula de escape* de valoración política al sistema de la CPI. Sin embargo, la incorporación de una cláusula de este tipo no sería posible en el instrumento de ratificación, dado que el ECPI no admite reservas (artículo 120).²⁹

Como se ha adelantado, también Chile y El Salvador han considerado necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación; estos países, sin embargo, aún no han llevado a cabo la reforma pertinente y, por ello, la ratificación es una cuestión pendiente.

En *Chile*, el Tribunal Constitucional ha estimado, por sentencia del 8 de abril del 2002, que varias disposiciones del ECPI eran inconciliables con la Constitución y ha afirmado, en consecuencia, la necesidad de una reforma constitucional para posibilitar la ratificación. A raíz de esta decisión, el Poder Ejecutivo presentó al Senado un proyecto de reforma constitucional. También aquí se propone una solución general siguiendo en esencia el modelo francés. La disposición proyectada se agregaría como cláusula transitoria que desaparecería con la culminación del proceso de ratificación.³⁰ Sus términos son los siguientes:

El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior.

²⁹ Al día siguiente de la publicación de la reforma constitucional, el Senado aprobó la ratificación del Estatuto. Para que México se convierta en Estado parte falta aún la publicación de tal ratificación en el *Diario Oficial* y el depósito del instrumento de ratificación. Para más detalles cf. el informe de México (Neri Guajardo), en este volumen.

³⁰ Para más detalles cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

En *El Salvador*, finalmente, el gobierno ha considerado necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación. Aunque por el momento no exista un proyecto concreto, en el seno del gobierno se estudia una solución general.³¹

2.2. Sobre la libertad estatal en las elecciones de implementación

La afirmación de la compatibilidad entre el sistema del Estatuto de Roma y las normas constitucionales estatales, sea implícitamente con el acto de ratificación, sea explícitamente por una sentencia del tribunal constitucional o por una reforma constitucional, no significa, sin embargo, que no puedan existir problemas de implementación de índole constitucional. Como ya se ha dicho, con ella solamente los Estados dan respaldo legal o constitucional, según el caso, a la realización de un proceso por la CPI como jurisdicción suplementaria y a la utilización por ésta de un nivel diferente de derechos. En el ámbito de la implementación facultativa pueden plantearse aún tensiones entre el ECPI y la Constitución estatal.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la implementación obligatoria para colaborar con el funcionamiento de la jurisdicción suplementaria de la CPI, en el ámbito de la implementación facultativa el Estado no asume con su ratificación una obligación de implementación y, por consiguiente, puede decidir discrecionalmente no efectuar reforma alguna al derecho interno o efectuar sólo reformas incompletas. En tal caso, como hemos visto, si un crimen de competencia de la CPI es cometido en su territorio o por un nacional suyo, el Estado parte deberá aceptar que eventualmente sea la CPI la que lleve adelante el proceso. Hasta aquí no se presenta, por tanto, ningún problema de implementación: el Estado decide no implementar (o hacerlo de manera incompleta) y asume las consecuencias de su decisión (pérdida de la competencia).

El problema se presenta, sin embargo, cuando el Estado pretende implementar, pero, a la vez, no está dispuesto a claudicar en el respeto de sus normas constitucionales. En qué medida un Estado puede tomar distancia del texto del Estatuto a fin de respetar especificidades constitucionales sin perder eventualmente su competencia prioritaria es la cuestión clave para la cuestión de la implementación que plantea el principio de complementariedad. En el estado actual, esta respuesta es tan relevan-

³¹ Cfr al respecto el informe de El Salvador (Martínez Ventura), en este volumen.

te como difícil, dado que la CPI no ha comenzado aún a definir los criterios que utilizará en este *juicio cualitativo sobre el derecho de los Estados partes* ordenado por el principio de complementariedad. Un Estado que quiera implementar teniendo en cuenta sus especialidades nacionales deberá, en cierto modo, anticipar cuáles serán estos criterios. Es evidente, entonces, que la implementación dependerá en gran medida de la concepción del requisito de la *capacidad jurídica*. Hay dos cosas, al respecto, que parecen ciertas desde un principio. Por un lado, el Estado es libre en su implementación cuando el Estatuto *renuncia a establecer parámetros*. Por ejemplo, como se desprende del artículo 80 del ECPI respecto de las sanciones. En este sentido, un Estado no corre riesgo de perder su jurisdicción si no prevé las mismas penas o escalas penales que establece el Estatuto. Por el otro, el Estatuto *no exige una implementación literal* como condición para conservar la competencia prioritaria. La ausencia de un requisito de implementación literal tiene en cuenta la diversidad de culturas y tradiciones jurídicas de los Estados partes. Si el Estatuto procura servir de incentivo para que los Estados modifiquen sus legislaciones internas, entonces sólo podrá tener éxito si se permite que éstos implementen teniendo en cuenta su tradición jurídica. Así, del mismo modo que los Estados deberían estar dispuestos a aceptar cierto apartamiento de sus estándares jurídicos cuando juzga suplementariamente la CPI,³² pues, como se ha dicho, un derecho en cierta medida universal no puede satisfacer plenamente las exigencias jurídicas de *todos* los Estados, también la CPI deberá tener en cuenta esta complejidad en su *juicio sobre el derecho* mandado por el principio de complementariedad. Para que exista y funcione la CPI debe existir *consenso* y esto requiere *tolerancia* de los Estados. A su vez, para mantener este *consenso* la CPI debe ser también *tolerante* al juzgar si un Estado cuenta con una legislación adecuada. Sólo una ausencia de rigidez en este sentido se condice con la visión del sistema de derecho penal internacional como un sistema compuesto por diferentes ordenamientos jurídicos (uno internacional, varios nacionales). Además, sólo esta tolerancia garantizará que el juzgamiento sea, como es el espíritu del ECPI, un asunto prioritario de los Estados. Por tal razón, el ECPI sólo establece parámetros o *guidelines* para la implementación, pero no más.

³² Si el Estado no está dispuesto a esta concesión, entonces, como ya se ha dicho, no debería ratificar el Estatuto.

La cuestión de la adecuación de la legislación debería resultar, entonces, de una *comparación* entre los parámetros que proporciona el Estatuto y las normas de derecho interno constitucionales del Estado parte, y en principio sólo debería considerarse inadecuada una legislación que lo sea manifiestamente. Especialmente, la CPI debería aceptar apartamientos de los parámetros de implementación —y, por tanto, no debería arrogarse la competencia suplementaria— cuando tales desviaciones estén orientadas a tener en cuenta valores jurídicos fundamentales del Estado parte que hacen a su *identidad como Estado*. Esto es, normas fundamentales que expresan una precisa concepción del Estado. Las garantías constitucionales del proceso penal y del derecho penal sin duda alguna forman parte de estas normas fundamentales. En la evaluación sobre la adecuación, la CPI podría servirse de la teoría del *margen nacional de apreciación* nacida en la ComEDH y desarrollada por el TEDH.³³ Pero se trataría de una *aplicación a la inversa* de esta teoría, pues, mientras en el ámbito europeo ella sirve para justificar derogaciones a los derechos fundamentales consagrados por la CEDH, aquí serviría, al contrario, para justificar apartamientos de los parámetros de implementación del Estatuto a fin de tener en cuenta el nivel más alto de garantías del derecho interno. Así, los parámetros internacionales de implementación encontrarán un límite en cuanto afecten derechos fundamentales reconocidos a los individuos por las constituciones o cartas políticas estatales. Y, a la inversa, el reconocimiento de estos derechos fundamentales constituirá el *margen nacional de apreciación*, es decir, el espacio de autonomía donde la soberanía estatal no cede frente a las normas provenientes del plano internacional.³⁴ De este modo, estas normas que prevén garantías fundamentales deberían ser resistentes a las pautas de adaptación provenientes del Estatuto de Roma y la implementación debería poder realizarse sin riesgo de una futura pérdida de la competencia a causa de *legislación inadecuada* (incapacidad jurídica, artículo 17 del ECPI).

³³ Para los orígenes esta teoría cf. los informes de la ComEDH *Grecia c/ Reino Unido*, informe de la Comisión de 26 de septiembre de 1958, y *Lawless c/ Irlanda*, informe de la Comisión de 19 de diciembre de 1959. Sobre su utilización por el TEDH y la evolución de la teoría cf., entre otros, los procesos *Linguistique belge*, sentencia del 23 de julio de 1968; *Handyside c/ Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976; *Irlanda c/ Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1978; *Dudgeon c/ Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981; *Luordo c/ Italia*, sentencia del 17 de julio de 2003; *Gündüz c/ Turquía*, sentencia del 4 de diciembre de 2003; *Issaieva c/ Rusia*, sentencia de 24 de febrero de 2005; *Khachiev y Akaieva c/ Rusia*, sentencia de 24 de febrero de 2005. En doctrina cf. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1996; Mahoney: "Marvellous Richness of Diversity of Individous Cultural relativism?", en *HRLJ*, vol. 19, n.º 1, 1998, pp. 1 ss., y Callewaert: "Quel avenir pour la marge d'appréciation?", en Mahoney (ed.): *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Colonia: Carl Heymanns, 2000, pp. 147 ss.

³⁴ De manera similar, Malarino, Informe de Argentina, en Ambos y Malarino (eds.): o. cit., pp. 56 s.

Otra cosa podría ocurrir con normas constitucionales que no conceden garantías al ciudadano, esto es, que no trazan una delimitación entre Estado e individuo (en otras palabras, entre poder y libertad), sino que regulan competencias estatales. Así, por ejemplo, las normas de inmunidades de persecución o juzgamiento en razón de la posición o el cargo oficial no pueden considerarse derechos de libertad frente al Estado. Difícilmente estas normas impregnen la comprensión de un Estado. La razón de la concesión de estas inmunidades reside, más bien, en asegurar un correcto funcionamiento de ciertos órganos estatales. Ellas pretenden que determinada área de la función pública no sea perturbada. En estos casos no sería irrazonable que la CPI decidiera abrir su jurisdicción suplementaria si el Estado que normalmente tiene la jurisdicción no puede proceder por la existencia de una inmunidad.

3. Implementación y reglas de aplicación especial de la ley penal: los efectos del Estatuto de Roma sobre la regulación de la jurisdicción universal

La creación de la Corte Penal Internacional ha llevado a algunos países a revisar sus reglas de asignación de competencia en cuanto al principio de jurisdicción universal. En la experiencia europea, Alemania y España han decidido restringir la aplicación de este principio a fin de tener en cuenta la actuación de la CPI. Los modelos seguidos por estos Estados son diferentes. En España, la nueva Ley de Cooperación con la CPI, de diciembre del 2003, ha restringido el principio de jurisdicción universal previsto por el artículo 24 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) por medio de su artículo 7, apartado 2. Esta disposición establece la *prohibición de iniciar un procedimiento* en caso de hechos cometidos en el extranjero por personas no españolas y para cuyo enjuiciamiento *pudiera ser competente* la CPI.³⁵ En Alemania, el principio

³⁵ “Artículo 7. 2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

de jurisdicción universal consagrado en el § 1 del Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]) ha sido restringido por medio de una modificación al § 153.f de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*). Esta disposición establece, como criterio de oportunidad, que la fiscalía puede *abstenerse de perseguir un crimen internacional* previsto en los § 6 a 14 del VStGB en ciertas condiciones. En América Latina, la discusión acerca de cómo regular el principio de jurisdicción universal no ha tenido, hasta el momento, un lugar importante en las discusiones sobre la implementación. En parte ello se debe a una cuestión general, esto es, a que el proceso de implementación en América Latina todavía se encuentra en una etapa muy inicial. Sin embargo, la cuestión no es totalmente desconocida a la experiencia de implementación latinoamericana; ella ya estuvo presente en un antiguo proyecto de implementación argentino³⁶ y en los proyectos uruguayos.³⁷ Debido a la importancia para el funcionamiento del sistema de la complementariedad, no puede considerarse improbable que ella ocupe un lugar más destacado en las futuras discusiones sobre la implementación.

La discusión toca el punto neurálgico del sistema de derecho penal internacional diseñado por el Estatuto de Roma. El alcance del principio de complementariedad depende en parte de esta cuestión. En efecto, si la CPI actúa sólo de modo complementario respecto de los Estados que, según sus propios derechos, normalmente ejercerían la jurisdicción, entonces su posibilidad efectiva de actuación dependerá de la manera en que éstos legislen sobre el tema. En este sentido, existirían enormes diferencias en cuanto a las posibilidades de actuación suplementaria de la CPI si los Estados pudieran ejercer su competencia solamente con base en el principio de territorialidad (o también en el principio de personalidad activa o de personalidad pasiva) o si, por el contrario, ellos también pudiesen actuar fundados en el principio de jurisdicción universal. Así, por ejemplo, si varios países contasen con un principio de *jurisdicción universal ilimitado*, entonces las posibilidades de actuación de la CPI serían sumamente escasas.

A raíz de esta constatación se plantea la siguiente pregunta: ¿la jurisdicción de la CPI es complementaria también frente a la previsión por un Estado del principio de jurisdicción universal? ¿La Corte debe esperar a que todos los Estados que tengan

³⁶ Cf. para más detalles el informe de Argentina (Parenti), en este volumen.

³⁷ Cf. el informe de Uruguay (Galain) en este volumen.

jurisdicción omitan el juzgamiento, aun cuando la atribución de competencia de este Estado sea únicamente en virtud del principio de jurisdicción universal? El tenor del artículo 17 del ECPI parece apoyar una respuesta afirmativa. El Estatuto de Roma no ha establecido una cláusula de prioridad de la competencia de la CPI frente a la *jurisdicción estatal basada en el principio de jurisdicción universal* y, por ello, la CPI sería en principio siempre subsidiaria. Esta interpretación literal, sin embargo, ha sido puesta en crisis desde un punto de vista teleológico.³⁸ De todos modos, la respuesta definitiva acerca de si la CPI será o no subsidiaria frente a la jurisdicción nacional fundada en el principio de jurisdicción universal no la proporcionará el ECPI, sino los Estados nacionales. A los Estados se les plantea entonces la cuestión político-criminal acerca de si es conveniente la regulación del principio de jurisdicción universal y, en su caso, cómo es la mejor forma de regularlo. Una regulación amplia de este principio parecería ser aconsejada, a primera vista, por el objetivo pretendido por el ECPI de que la Corte sólo intervenga excepcionalmente cuando los Estados no puedan o no quieran emprender las investigaciones o el juzgamiento. Sin embargo, esta conclusión no es tan obvia. Nada en el Estatuto dice a los Estados cómo regular esta materia. Ninguna obligación de implementación y ningún parámetro de implementación existe al respecto. Si esta cuestión está abierta, entonces es razonable preguntarse sobre la conveniencia de establecer en el derecho interno una cláusula de subsidiariedad de la *jurisdicción nacional en virtud del principio de jurisdicción universal* frente a una posible actuación de la CPI.

La regla de la competencia universal ilimitada debía gran parte de su sentido al hecho de que no existía una jurisdicción penal internacional permanente. Sin esta jurisdicción internacional suplementaria, eran los propios Estados con sus reglas de aplicación de la ley penal, con su jurisdicción universal, que erigían a sus tribunales internos en cierto modo en pretendidos *tribunales internacionales* de actuación complementaria, esto es, tribunales que operaban en ausencia de persecución y represión en el país que *normalmente* tenía la jurisdicción. En un sistema con una CPI en actividad, una regla de jurisdicción universal no es tan urgente: si un Estado ratifica el Estatuto de Roma, la falta de persecución por él mismo no significará la impunidad (que debía ser suplida por la persecución penal por un tercer Estado con base en el principio de jurisdicción universal), sino la condición necesaria para la activación

³⁸ Al respecto cf. Ambos: *Internationales Strafrecht*, Múnich, C. H. Beck, 2006, § 8 nm. 15 incluida la nota 42.

de la jurisdicción de la CPI. En la medida en que más Estados formen parte de este sistema supranacional de persecución penal e introduzcan en sus legislaciones internas normas adecuadas para la cooperación con la CPI, la previsión de reglas de jurisdicción universal será cada vez menos necesaria. De esta forma, se dejará el juzgamiento en manos de un organismo que, *en cierto modo*, representa a la comunidad internacional. Es indudable que un juicio por una CPI permanente que existe antes de los hechos tendrá más chances de ser percibido como legítimo (especialmente desde el punto de vista de los individuos juzgados o de sus nacionales) que un tribunal de los vencedores o uno muy ligado a éstos, o también que un tribunal de un tercer Estado que se arroga por sí solo, pero en nombre de la comunidad internacional entera, el juzgamiento de estos crímenes en virtud del principio de jurisdicción universal. En definitiva, la realización de un juicio por la CPI y no por terceros Estados no solo probablemente tendría más posibilidades de éxito (pues los Estados partes están obligados a cooperar), sino que además sería menos propensa a objeciones. De este modo, la solución de la subsidiariedad de la *jurisdicción nacional en virtud del principio de jurisdicción universal* frente a una actuación de la CPI parece ser una adecuada opción de implementación.

Ya la somera exposición de las soluciones alemana y española muestra que la concesión de prioridad a la jurisdicción internacional de la CPI frente a la jurisdicción nacional *fundada en el principio de jurisdicción universal* puede producirse de manera muy diversa. En Alemania, esto ocurrió a través de una regla de *oportunidad* procesal para el caso en que el hecho *esté siendo* perseguido por la jurisdicción internacional. En España, por medio de un *deber de abstención* para el supuesto de que la CPI *pudiera* ser competente. El antiguo proyecto argentino al que se hizo referencia supeditaba la posibilidad de activar la jurisdicción universal a la apertura de investigaciones en el marco de la CPI.

Los modelos expuestos presentan diferentes soluciones para los aspectos básicos que una ley de implementación debería considerar. Las alternativas son: por un lado, un cierre (o imposibilidad de apertura) *obligatorio o facultativo* de las investigaciones; por el otro, un cierre (o imposibilidad de apertura) sólo cuando el procurador *hubiera abierto las investigaciones* de acuerdo con el artículo 53 del ECPI o también cuando la CPI *pudiera ser competente* (esto es, pudiera investigar). Entre estas opciones de legislación debe preferirse aquella que manda un cierre (o imposibilidad de apertura) *obligatorio* de las investigaciones sólo para el caso en que el procurador *haya*

comenzado a investigar sobre un asunto. La razón de que el cierre deba ser obligatorio y no sólo facultativo se encuentra ya en los fundamentos antes efectuados en cuanto a la preferencia de que sea la CPI y no un tercer Estado por jurisdicción universal quien juzgue el hecho cometido en un territorio estatal. La opción por una restricción del principio de jurisdicción universal únicamente en el caso en que la se *esté* investigando reside en que antes de que esto ocurra no hay necesidad de restricción alguna. La creación de la CPI sólo puede proporcionar un motivo para priorizar su competencia frente a la estatal fundada en la jurisdicción universal si existe, *en concreto*, un proceso ante tal jurisdicción. Antes de ello, no hay alternativa entre juicio por la CPI o juicio por un tercer Estado.

Anexos

* Todos traducidos del alemán
por la Prof. Dra. Alicia Gil Gil,
UNED, Madrid.

ANEXO 1

Texto del Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) *

Parte 1.

REGLAS GENERALES

§ 1 *Ámbito de aplicación*

Esta Ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, para los crímenes¹ descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

§ 2 *Aplicación del Derecho general*

El Derecho penal general es de aplicación a los hechos contemplados en esta Ley en tanto la misma no contenga disposiciones especiales en los § 1 y 3 a 6.

§ 3 *Actuar bajo órdenes y disposiciones*

Actúa sin culpabilidad quien cometa un hecho descrito en los § 9 a 13 en cumplimiento de una orden militar o una disposición de efecto vinculante objetivo

* *Bundesgesetzblatt* 2002, tomo 1, p. 2254.

¹ En derecho alemán el término *crimen* (*Verbrechen*) se utiliza para denominar a los delitos (*Strataten*) castigados con una pena privativa de libertad no inferior a un año. Las circunstancias atenuantes (y agravantes) —tal y como se regulan por ejemplo en el parágrafo 8 subsección (5)— no se deben tomar en consideración a este respecto (parágrafo 12 del Código Penal alemán). Por lo tanto, todos los delitos recogidos en el presente proyecto de Código son *crímenes* (*Verbrechen*), con la única excepción de los delitos recogidos en los parágrafos 13 y 14 (véase la Exposición de motivos: B. artículo 1, parágrafo 1).

comparable, en tanto el autor no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente.

§ 4 **Responsabilidad de los jefes y otros superiores**

Un jefe militar o un superior civil que omita impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el § 13 párrafo 2 del Código penal²

Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza objetivamente el poder de mando o autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o empresa ejerza objetivamente la autoridad y el control.

§ 5 **Imprescriptibilidad**

La persecución de los crímenes³ previstos en esta Ley y la ejecución de las penas impuestas por ellos no prescriben.

Parte 2

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

Sección 1

§ 6 **Genocidio**

(1) El que, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal

1. mate a un miembro del grupo,
2. cause a un miembro del grupo daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal,
3. someta al grupo a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción física total o parcial

² (N. de la T.) El § 13 del CP alemán regula la comisión por omisión y el párrafo 2 prevé la posible atenuación de la pena para la comisión por omisión.

³ Véase la nota 2.

4. imponga medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
 5. traslade por la fuerza a un niño del grupo a otro grupo será castigado con la pena de privación de libertad de por vida
- (2) en los casos menos graves del párrafo 1 n.ºs 2 a 5 la pena es de privación de libertad no inferior a cinco años.

§ 7 ***Crímenes contra la humanidad***

(1) El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil

1. mate a una persona
2. con la intención de destruir total o parcialmente a una población someta a la misma o a parte de ella a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción total o parcial
3. ejerza el tráfico de personas, en especial con una mujer o un niño, o el que de algún otro modo esclavice a una persona arrogándose de esta manera un derecho de propiedad sobre ella,
4. deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional,
5. torture a una persona que se encuentre bajo su custodia o de cualquier otro modo bajo su control, causándole dolor o daños físicos o mentales graves que no sean mera consecuencia de sanciones permitidas por el Derecho internacional,
6. coaccione sexualmente o viole a otra persona, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,
7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley
 - a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de

- una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,
- b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa,
8. cause a otra persona daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal
 9. prive gravemente de libertad física a una persona en violación de las normas generales del Derecho internacional
 10. persiga a un grupo o comunidad identificable mediante la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del Derecho internacional, será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los casos de los números 1 y 2, con pena de privación de libertad no inferior a cinco años en los casos de los números 3 a 7, y con pena de privación de libertad no inferior a tres años en los casos de los números 8 a 10.

(2) en los supuestos menos graves del párrafo 1 n.º 2 la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n.ºs 3 a 7 privación de libertad no inferior a dos años y en los supuestos menos graves del párrafo 1 n.ºs 8 y 9 privación de libertad no inferior a un año.

(3) Si el autor causare la muerte de una persona mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n.ºs 3 a 10 la pena será en los supuestos del párrafo 1 n.ºs 3 a 7 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años y en los supuestos del párrafo 1 n.ºs 8 a 10 privación de libertad no inferior a cinco años.

(4) En los supuestos menos graves del párrafo 3 la pena por un hecho previsto en el párrafo 1 n.ºs 3 a 7 será privación de libertad no inferior a cinco años y por un hecho previsto en el párrafo 1 n.ºs 8 a 10 privación de libertad no inferior a tres años.

(5) El que comete un crimen previsto en el párrafo 1 con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años en

tanto en cuanto el hecho no está amenazado con una pena mayor en los párrafos 1 ó 3. En los supuestos menos graves la pena será privación de libertad no inferior a tres años en tanto en cuanto el hecho no esté amenazado con una pena mayor en los párrafos 2 ó 4.

Sección 2. ***Crímenes de guerra***

§ 8 *Crímenes de guerra contra personas*

- (1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional
 1. mate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario
 2. tome como rehén a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario
 3. trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, causándole dolor o daños físicos o mentales graves, en especial torturándola o mutilándola,
 4. viole o coaccione sexualmente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer que ha sido embarazada mediante el uso de la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,
 5. aliste forzosamente en las fuerzas armadas o reclute en las fuerzas armadas o en grupos armados a niños menores de 15 años o los utilice para participar activamente en las hostilidades,
 6. deporte o traslade forzosamente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional o
 7. imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, en especial la pena de muerte, sin que esa persona haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y constituido en la forma debida, que ofrezca las garantías legales exigidas por el Derecho internacional,

8. ponga en peligro de muerte a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario o ponga gravemente en peligro su salud
 - a) realizando experimentos sobre dicha persona no consentidos por ella previa, libre y expresamente o que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés,
 - b) extrayendo órganos o tejido de dicha persona para trasplantes, salvo que se trate de la extracción de sangre o piel con finalidades terapéuticas acorde con los principios generalmente reconocidos de la medicina y la persona previamente haya consentido libre y expresamente, o
 - c) aplicando a dicha persona métodos de tratamiento no reconocidos médicamente sin que concurra para ello una necesidad médica y la persona previamente haya consentido libre y expresamente,
9. trate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario de forma gravemente humillante o degradante será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los supuestos del n.º 1, con privación de libertad no inferior a cinco años en los supuestos del n.º 2, con privación de libertad no inferior a tres años en los supuestos de los n.ºs 3 a 5, con privación de libertad no inferior a dos años en los supuestos de los n.ºs 6 a 8 y con privación de libertad no inferior a un año en los supuestos del n.º 9.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional hiera a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional

1. mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 n.º 1 o demore injustificadamente su repatriación
2. como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa,
3. obligue con violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona

protegida en el sentido del párrafo 6 n.º 1 a servir en la fuerzas armadas de una potencia enemiga u

4. obligue a un miembro de la parte adversa con violencia bajo amenaza de un mal grave a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país, será castigado con pena de privación de libertad no inferior a dos años

(4) Si el autor causa mediante los hechos descritos en el párrafo 1 n.ºs 2 a 6 la muerte de la víctima la pena será en los supuestos del n.º 2 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a 10 años, en los supuestos del párrafo 1 n.ºs 3 a 5 privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos del párrafo 1 n.º 6 privación de libertad no inferior a tres años. Si una acción descrita en el párrafo 1 n.º 8 conduce a la muerte o a un daño grave a la salud la pena será privación de libertad no inferior a tres años.

(5) En los supuestos menos graves del párrafo 1 n.º 2 la pena será privación de libertad no inferior a dos años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n.ºs 3 y 4 y del párrafo 2 privación de libertad no inferior a un año, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n.º 6 y del párrafo 3 n.º 1 privación de libertad de seis meses a cinco años.

(6) Son personas protegidas por el Derecho internacional humanitario

1. En un conflicto armado internacional: personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I (Anexo a esta Ley), es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil;
2. En un conflicto armado no internacional: heridos, enfermos, náufragos, así como personas que no toman parte directa en las hostilidades y se encuentran en poder de la parte adversa;
3. En conflictos armados internacionales y no internacionales: miembros de las fuerzas armadas y combatientes de la parte adversa que ha depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensos;

§ 9 ***Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos***

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional saquee o de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, sino a gran escala, en contra del Derecho internacional, destruya, se apropie o confisque bienes de la parte adversa que se encuentren en poder de la parte propia, será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional en contra del Derecho internacional disponga que los derechos y acciones de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no son reclamables ante un tribunal será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

§ 10 *Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas*

El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque contra personas, instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgadas a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho internacional humanitario, o
 2. dirija un ataque contra personas, edificios, material, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios, que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional humanitario,
- será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los casos menos graves, en especial cuando el ataque no se realice con medios militares, la pena será de privación de libertad no inferior a un año.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional utilice de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas y cause así la muerte o lesiones graves de una persona (§ 226 del Código penal), será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años.

§ 11 *Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos*

- (1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional
 1. dirija un ataque con medios militares contra la población civil como tal o contra un solo civil, que no toma parte directa en las hostilidades,
 2. dirija un ataque con medios militares contra objetos civiles, siempre que protegidos como tales por el Derecho internacional humanitario,

en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales, y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas así como a establecimientos o instalaciones que contengan energías peligrosas,

3. conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará la muerte o lesiones de civiles o daños a objetos civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar global esperada,
 4. utilizar como escudos a personas protegidas por el Derecho internacional humanitario para estorbar las acciones bélicas del enemigo contra determinados objetivos,
 5. establecer la inanición de civiles como método de conducción de la guerra, reteniendo los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho internacional humanitario,
 6. como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o
 7. mate o hiera a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa,
- será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los supuestos menos graves del número 2 la pena será privación de libertad no inferior a un año.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n.ºs 1 a 6, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará daños extensos, duraderos y graves al medio natural desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

§ 12 ***Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra***

- (1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional
 1. utilice veneno o armas venenosas,
 2. utilice armas biológicas o químicas o
 3. utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

- (2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

Sección 3
Otros delitos

§ 13 ***Infracción del deber de vigilancia***

- (1) El jefe militar que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo.
- (2) El superior civil que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.
- (3) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.
- (4) La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

§ 14 Omisión de la comunicación de un delito

(1) El jefe militar o el superior civil que omita poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del cargo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

(2) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

Anexo al § 9 párrafo 6 letra a

Los Convenios de Ginebra en el sentido de la Ley son:

- I CONVENIO DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BGBl⁴. 1954 II pp. 781, 783),
- II CONVENIO DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BGBl. 1954 II pp. 781, 813),
- III CONVENIO DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra (BGBl. 1954 II pp. 781, 838),
- IV CONVENIO DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (BGBl. 1954 II pp. 781, 917),

El Protocolo Adicional I en el sentido de la Ley es: Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977 (BGBl. 1990 II, pp. 1550, 1551).

⁴ (N. de la T.) BGBl es la abreviatura de *Bundesgesetzblatt*, Boletín Oficial del Estado Federal.

ANEXO 2

Exposición de Motivos referente al Código Penal Internacional**

Sumario

- A. Generalidades
 - I. Motivos del Proyecto
 - II. Fijación del propósito del Proyecto de Código penal internacional
 - III. Concepción del Proyecto y relación con el Derecho penal general
 - IV. Otros proyectos legislativos en relación con el Estatuto de la CPI
 - V. Competencia legislativa

 - B. Sobre el Artículo 1 del Código penal internacional
 - Sección primera. Reglas generales*
 - Sobre el § 1 - Ámbito de aplicación
 - Sobre el § 2 - Aplicación del Derecho pena general
 - Sobre el § 3 - Actuación por órdenes superiores o disposiciones
 - Sobre el § 4 - Responsabilidad del jefe militar y otros superiores
 - Sobre el § 5 - Imprescriptibilidad
- SEGUNDA PARTE. DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL
- Sección primera: Genocidio y crímenes contra la humanidad*
 - Sobre el § 6 - Genocidio
 - Sobre el § 7 - Crímenes contra la humanidad
 1. El tipo básico del § 7 párr. 1
 2. Supuestos menos graves del párr. 1
 3. Tipos cualificados

** Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial del Parlamento Federal) 14/8542 del 13.3.2002

Sección segunda: Crímenes de guerra

1. Consideraciones previas generales
2. El tipo objetivo de los crímenes contra la humanidad
3. El tipo subjetivo de los crímenes contra la humanidad
4. Los tipos en particular

Sobre el § 8 - Crímenes de guerra contra personas

Sobre el § 9 - Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos

Sobre el § 10 - Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas

Sobre el § 11 - Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos

Sobre el § 12 - Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra

Sección tercera: otros delitos

Sobre el § 13 - Lesión de la obligación de vigilancia

Sobre el § 14 - Omisión de la comunicación de un delito

- C. Sobre el artículo 2 - Modificación del Código penal
- D. Sobre el artículo 3 - Modificación de la Ley procesal penal
- E. Sobre el artículo 4 - Modificación de la Ley del Tribunal Constitucional
- F. Sobre el artículo 5 - Modificación de la Ley de Modificación de la Ley de Introducción de la Ley del Tribunal Constitucional
- G. Sobre el artículo 6 - Modificación de la Ley de documentos del Servicio de Seguridad del Estado
- H. Sobre el artículo 7 - Derogación de un precepto todavía vigente del Código penal de la República Democrática Alemana
- I. Sobre el artículo 8 - Entrada en vigor

A. Generalidades

I. *Motivos del Proyecto*

El 17 de julio de 1998 se aprobó en la Conferencia diplomática de plenipotenciarios en Roma, por 120 Estados, el Estatuto de la futura Corte penal internacional (CPI) con sede en La Haya. En el Estatuto la Comunidad internacional de Estados ha acordado por vez primera crear una Corte penal internacional permanente independiente. Este fue el resultado de un proceso de elaboración intensivo en el que la República Federal Alemana tomó parte de forma decisiva.

Sin embargo, a la decisión de crear esta nueva, destacada institución de una jurisdicción internacional precedió un largo desarrollo. Ya en 1872 Gustav Moynier, uno de los primeros presidentes del Comité Internacional de la Cruz Roja, presentó la primera propuesta formal para el establecimiento de un tribunal de este tipo. Pero sólo la catástrofe del siglo, la Segunda Guerra Mundial, condujo por vez primera al establecimiento, muchas décadas después, de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio. Poco después, el artículo 6 de la Convención sobre el Genocidio acordada en 1948 partía también del establecimiento de un tribunal penal internacional. De nuevo pasó casi medio siglo hasta que la guerra en Yugoslavia y el genocidio en Ruanda condujeron finalmente al establecimiento de los Tribunales penales ad-hoc. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció mediante resoluciones el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia en el año 1993 (UN Doc. S/Res/827, 25. Mai 1993, BT-Drs⁵. 13/57, Anl. 1 y 2) y en 1994 el Tribunal penal internacional para Ruanda (UN Doc. S/Res/955, 8 November 1994, BT-Drs. 13/7953).

Así mismo, en el año 1994 la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas presentó el primer proyecto para una codificación de los crímenes de Derecho internacional (Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/51/10). A continuación, Naciones Unidas constituyó un Comité preparatorio que finalmente presentó el Proyecto de Estatuto para una Corte penal internacional permanente.

⁵ (N. de la T.) BT-Drs es la abreviatura de *Bundestag - Drucksache*, Boletín Oficial del Parlamento Federal.

El Tribunal previsto en el Estatuto de Roma, que según el Preámbulo del Estatuto “tiene jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto”, complementará a la jurisdicción interna cuya prevalencia con carácter general se reconoce en el Estatuto (art. 17 del Estatuto de la CPI). Tendrá competencia complementaria a la jurisdicción interna para el enjuiciamiento de los siguientes crímenes: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión —previo acuerdo todavía pendiente de los Estados Parte—. Tan pronto como el Estatuto entre en vigor, es decir, con la ratificación de 60 Estados, iniciará su trabajo por vez primera una institución internacional permanente para la sanción de los crímenes de Derecho internacional más graves.

Para acomodar el Derecho penal material alemán al Estatuto de Roma y para facilitar la persecución penal nacional prevalente debe realizarse la regulación ampliamente autónoma de un Código penal internacional. En primer lugar se sitúa, así, la transposición de los preceptos penales del Estatuto de Roma. En algunos aspectos concretos de la regulación el Derecho internacional consuetudinario afianzado va, sin embargo, ya más allá de lo que ha sido fijado en el Estatuto de Roma. Por ello, el Código penal internacional también contiene disposiciones concretas que extienden la punibilidad más allá del Estatuto de Roma. Así, se tienen en cuenta en concreto normas consuetudinarias vigentes de Derecho internacional que van más allá, en especial del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 (BGBl. 1990 II p. 1551) (“Protocolo Adicional I”) y del Segundo Protocolo de 1999 al Convenio para la protección de bienes culturales en conflictos armados de 1954 (38 International Legal Materials 769, 1999). El CPI tiene en cuenta con ello el art. 10 del Estatuto de la CPI, que expresamente recuerda que la Segunda parte del Estatuto con las definiciones de los crímenes no debe ser interpretada de modo que limite o menoscabe las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para otros fines distintos a los propios del Estatuto.

II. *Fin del Código Penal Internacional*

El Código penal internacional tiene los siguientes fines:

- Comprender mejor lo injusto específico de los crímenes contra el Derecho internacional de lo que es posible en la actualidad con el Derecho penal común;

- favorecer a través de estandarizaciones en una regulación unificada la claridad jurídica y la manejabilidad en la práctica;
- en atención a la complementariedad de la competencia para perseguir de la Corte penal internacional, asegurar sin duda alguna que Alemania siempre está en situación de perseguir ella misma los crímenes que caen en la competencia de la CPI.
- favorecer el Derecho internacional humanitario y contribuir a su expansión mediante la elaboración de una regulación nacional oportuna.

Por otra parte, hay que partir de que los tipos penales alemanes vigentes ya comprenden ampliamente como hechos concretos las formas de comportamiento amenazadas con pena en el Estatuto de la CPI, de modo que las mismas se encuentran criminalizadas la mayoría de las veces como “delitos comunes” mediante un tipo penal concreto o una combinación de varios tipos. Pero el auténtico contenido de injusto internacional no está comprendido en la actualidad en el Derecho alemán vigente. Así, por ejemplo, en los crímenes contra la humanidad se toma tan poco en consideración la conexión funcional de la comisión del hecho con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil como en el caso de los crímenes de guerra la conexión con un conflicto armado y con ello con un contexto organizado de utilización de la fuerza que facilita la comisión del delito.

A ello se añade que el Estatuto de la CPI en parte criminaliza formas de comportamiento que no pueden ser comprendidas sino con dificultad o incluso en absoluto por el Derecho penal general, como la declaración de quienes dirigen la guerra de que no se dará cuartel o el traslado contrario al Derecho internacional de una parte de la población civil de una potencia ocupante a un territorio ocupado.

El Código penal internacional alemán refleja el desarrollo del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional y proporciona regulaciones penales concebidas para la materia jurídica específica. En ello radica un avance importante jurídico-sistemática y jurídico-políticamente, frente la práctica llevada a cabo hasta hoy de aplicación de los preceptos penales alemanes generales a los crímenes nucleares del Derecho internacional, y a la vez una contribución a la consolidación del Derecho penal internacional.

III. *Concepción del Proyecto y relación con el Derecho penal general*

La mayoría de las formas de comportamiento incluidas en el Derecho penal internacional ya estaban hasta ahora amenazadas con pena en el Código penal alemán. Con la introducción del Código penal internacional no cambia nada al respecto. La respuesta a la pregunta que ello suscita acerca de la relación entre el CPI y el Derecho penal general surge de la concepción que es la base del Proyecto:

En las Reglas Generales (§ 1 a 5) el Proyecto de CPI, por motivos de seguridad jurídica y de una más cómoda manejabilidad de la Ley en la práctica, renuncia en todo lo posible a preceptos especiales. La parte general del Código penal se aplicará de modo general también a los tipos penales del CPI. Sólo se encuentran regulaciones especiales en tanto sean imprescindibles para la trasposición del Estatuto de Roma. Los § 1 a 5 suprimen regulaciones discrepantes del Código penal para el ámbito del Código penal internacional pero las mantiene intactas para el ámbito del Derecho penal general. Cuando una misma acción sea comprendida tanto por preceptos penales del Código penal como del Código penal internacional le pueden ser aplicables, por tanto, distintas reglas generales.

Por el contrario, en la parte especial (§ 6-14) el Proyecto contiene descripciones autónomas de los comportamientos punibles en tipos específicos. Estos tipos se orientan internamente a las pretensiones del Estatuto de Roma así como de otros instrumentos vinculantes del Derecho internacional humanitario, y más allá al llamado “Elementos de los crímenes” adoptado por la Comisión preparatoria de la CPI el 30-6-2000 (PCNICC/2000/ 1/ Add.2; vid. Art. 9 del Estatuto de la CPI), a la práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales y a la práctica general de los Estados. Los preceptos del Proyecto se apartan de diversas maneras en la formulación de estas pretensiones para lograr una armonización con los conceptos y estructuras del Derecho penal habituales en Alemania. En el ámbito de los crímenes de guerra el Proyecto se diferencia ya claramente en la estructura de la regulación del Estatuto de Roma; aquí debe lograrse una estructuración clara de la materia a través de la suma de reglas paralelas que van más allá del Estatuto y con ello facilitarse la aplicación jurídica. También allí donde se utilizan conceptos iguales o similares a los del Derecho penal general alemán estamos, sin embargo, en los tipos de la parte especial del CPI ante regulaciones autónomas para cuya interpretación habrá que tener en cuenta de forma especial la práctica jurisprudencial de la Corte penal internacional y de otros tribunales internacionales.

El CPI no contiene ninguna regulación especial concluyente para delitos cometidos en conflictos armados o en relación con ataques contra la población civil. Por tanto, las formas de comportamiento castigadas por el Derecho penal general pueden ser punibles según el CP cuando no se dé la punibilidad según los preceptos del CPI. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la realización de acciones bélicas permitidas por el Derecho internacional, como la muerte o lesión de combatientes enemigos en el conflicto armado, no es punible según los principios generales y tampoco pueden ser castigado según los § 211 y ss. del CP. Esto sólo rige, no obstante, cuando el autor ha respetado las reglas de Derecho internacional correspondientes y para él vinculantes sobre conducción de las hostilidades; si el comportamiento estaba prohibido por el Derecho internacional también puede ser punible según el Derecho penal alemán, aunque el Derecho internacional como tal no disponga ninguna punibilidad. Así, por ej. un piloto de avión que no ha tomado las medidas de cuidado ordenadas por el Derecho internacional (vid. por ej. el art. 57 párrafo 2 del Protocolo Adicional I), y por ello ha matado a civiles con el lanzamiento de bombas, puede ser castigado según el Derecho alemán —en tanto en cuanto resulte aplicable con arreglo a los § 3 a 7 del CP— por homicidio doloso, aun cuando el Derecho penal internacional no castigue su comportamiento.

Si un autor mediante su comportamiento realiza tanto un tipo del Derecho penal general como uno del CPI rigen las reglas concursales generales. A menudo será de aplicación el CPI por el principio de especialidad; dependiendo de las circunstancias, sin embargo, también entra en consideración la apreciación de una unidad de hecho (§ 52 CP)⁶. Puesto que el CPI sólo contiene tipos penales que están cubiertos por el Estatuto de Roma o por el Derecho internacional consuetudinario, mientras que el Derecho penal alemán puede prever una punibilidad más amplia en el contexto correspondiente, se renunció a una proclamación general de la especialidad del CPI sin excepción, para evitar lagunas de punibilidad. Además, puede corresponder a la condena por unidad de hecho en tales casos una importante función clarificadora.

⁶ (N. de la T.) El CP y la jurisprudencia alemana utilizan el concepto unidad de hecho (*Tateinheit*) para referirse al concurso ideal de delitos (*Idealkonkurrenz*).

IV. *Otros proyectos legislativos en relación con el Estatuto de la CPI*

En relación con Proyecto aquí presentado se encuentran otros cinco proyectos legislativos de los cuales dos ya se han llevado a término:

- La Ley del Estatuto de la CPI, como ley de autorización de la ratificación, ha creado las condiciones necesarias por parte alemana para la entrada en vigor del Estatuto de Roma (BGBl. 2000 II p. 1393). La ratificación por la República Federal Alemana se realizó el 11 de diciembre de 2000.
- Con un proceso legislativo paralelo se tramitó la modificación del artículo 16 párr. 2 de la Constitución, con la que se cumplieron las condiciones constitucionales para que Alemania también pudiera entregar alemanes a la Corte penal internacional. Por ello se incorporó en la Constitución un apéndice al art. 16 párr. 2 según el cual se faculta al Parlamento para posibilitar mediante Ley la entrega a determinados tribunales internacionales (BGBl. 2000 I p. 1633).
- En este momento prosiguen los trabajos en un Proyecto de Ley para la ejecución del Estatuto de Roma (P-LEER)⁷, que en su art. 1 contiene el Proyecto de Ley sobre la colaboración con la Corte penal internacional (P- LCPI)⁸. En especial prevé normas para armonizar la regulación interna a las prescripciones del Estatuto de Roma en el ámbito de la colaboración jurídico-penal entre Alemania y la Corte, la entrega o paso de personas, la ejecución de decisiones de la Corte, la prestación de cualquier otra ayuda judicial así como la tolerancia de actos procesales en territorio nacional alemán.
- Además, se intenta mediante una Ley de modificación de la Constitución cumplir las condiciones constitucionales para la introducción de una competencia unificada de primera instancia del Tribunal Superior Territorial⁹ según el § 120 párrafo 1 LTC¹⁰, para todos los tipos penales del CPI. Para este fin debe completarse el art. 96 párrafo 5 de la Constitución de mane-

⁷ (N. de la T.) Las siglas en alemán son RSAG-E, y corresponden a Römisches-Statut-Ausführungsgesetz- Entwurf.

⁸ (N. de la T.) Las siglas en alemán son ISiGHG-E, y corresponden a Internationales-Strafgerichtshof-Gesetz- Entwurf.

⁹ (N. de la T.) *Oberlandesgericht*.

¹⁰ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

ra que junto al genocidio, ya incluido, se refiera en lo sucesivo también a procesos penales por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

- Paralelamente a la modificación planeada de la Constitución debe realizarse un proyecto legislativo para una nueva versión del § 120 párr. 1 n.º 8 de la LTC. Este precepto debe —tras la elaboración de las bases constitucionales precisas— prever la competencia en primera instancia del Tribunal Superior Territorial para todos los delitos del CPI. Así resulta también una competencia de persecución concentrada del Fiscal General del Estado según el § 142 a párrafo 1 LTC.

V. Competencia legislativa

La competencia legislativa del Estado Federal para los artículos 1 a 5 así como para el artículo 7 surge del artículo 74 párr. 1 n.º 1 de la Constitución (Derecho penal, procesos judiciales, organización judicial). Para el artículo 6, de la naturaleza de la materia surge una competencia federal exclusiva porque las modificaciones conciernen a una regulación consecutiva a través de la cual se ejecutó el Tratado de Unión (Capítulo II, ámbito material B, Párrafo II, número 2, letra b del Anexo I al Tratado de unión) tras el ingreso de los nuevos países en el ámbito federal.

La legitimación del Estado Federal para la asunción de la competencia legislativa surge, para el art. 1, del art. 72 párr. 2 Alt. 2 de la Constitución. Las normas sirven a la salvaguardia de la unidad jurídica. Deben crear condiciones legales básicas unificadas de ámbito federal para la persecución de crímenes contra el Derecho internacional. Esto concierne a intereses del conjunto del Estado. Se trata de facilitar la persecución penal interna en el territorio federal mediante la comprensión de lo injusto específico de los crímenes contra el Derecho internacional en una normativa unificada, vigente para todo el territorio del Estado Federal. Además, en atención a la complementariedad de la jurisdicción de la Corte penal internacional, debe asegurarse sin lugar a dudas que los tribunales alemanes en todo el territorio federal pueden ya ellos mismos perseguir los crímenes que caen en la competencia de la Corte. Esto no se puede lograr mediante el Derecho de los Estados federados. Las normas también son necesarias para una persecución uniforme en el Estado Federal y efectiva de los crímenes contra el Derecho internacional.

La necesidad de una regulación jurídica federal para los artículos 2 a 5 surge del hecho de que estas modificaciones conciernen al Código penal, a la Ley procesal

penal, a la Ley de introducción a la Ley del Tribunal Constitucional y a la Ley del Tribunal Constitucional, ámbitos que ya están regulados federalmente, y además la exigencia de una regulación jurídica federal subsiste porque sigue siendo necesaria una base legal uniforme a nivel federal para la persecución de delitos, el proceso penal y la organización de los tribunales. Las modificaciones resultan únicamente del reconocimiento del principio de justicia mundial en el § 1 del Código penal internacional y del traspaso del tipo del genocidio al Código penal internacional.

La derogación del § 84 del Código penal de la antigua RDA previsto en el art. 7 sólo puede ser realizada por la Federación, porque esta regulación se mantuvo en vigor tras la reunificación como Derecho federal.

B. Sobre el artículo 1 del Código Penal Internacional

Sección primera

REGLAS GENERALES

Sobre el § 1 (Ámbito de aplicación)

Los crímenes regulados en el CPI se dirigen sin excepción contra intereses vitales de la Comunidad internacional. El Estatuto de la CPI los describe como los “crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto”. Por tanto tienen carácter transfronterizo y por ello caen dentro del principio de justicia mundial. A causa de la especial dirección de ataque de estos delitos, el enjuiciamiento por parte de Estados extranjeros de ciudadanos también extranjeros no constituye injerencia alguna no permitida en la soberanía de otros Estados. Por ello, para la aplicabilidad del Derecho penal alemán también a hechos cometidos en el extranjero en los crímenes del CPI no es necesaria la existencia de una especial relación con el país (vid. Lagodny/Nill-Theobald, JR 2000, 205, 206; Eser, en: Festgabe 50 Jahre BGH, pp. 26 ss, siempre con ulteriores consideraciones). Puesto que el Tribunal Supremo Federal (BGH)¹¹ ha defendido hasta ahora una interpretación discrepante en la aplicación del § 6 del CP (vid. BGHSt 45, 64, 66; recientemente la sentencia más clara del BGH de 21.02.2001, 3 StR372/00) mediante la formulación del § 1 se aclara expresamente que en cualquier caso para los crímenes

¹¹ (N. de la T.) Bundesgerichtshof.

del CPI no es necesaria una relación especial con el país. Sin embargo es preciso observar que la validez de la obligación de acusar en relación con hechos extranjeros del CPI se reduce de una manera específica mediante el § 153f StPO¹² previsto en el art. 3 n.º 5 de la LICPI¹³. Para los delitos de los § 13 y 14 del CPI, que no poseen el mismo peso que los crímenes nucleares de los § 6 a 12 y que por ello se califican como delitos menos graves¹⁴, se mantienen las normas generales de los § 3 a 7 del CP, sobre todo porque en casos sin relación alguna con el país normalmente faltará la experiencia práctica sobre estructuras y procesos de mando y jerarquía que es necesaria para realizar las diligencias ordinarias en los casos de los § 13 y 14 del CPI. La amplia vigencia del art. 28 del Estatuto de la CPI en relación con la jurisdicción de la CPI queda intacta.

Sobre el § 2 (Aplicación del Derecho penal general)

El § 2 puntualiza que el CPI excluye la aplicación de los correspondientes preceptos del Derecho penal general, en especial del CP, sólo en relación con los § 1 a 3 y 5.

Respecto de la parte general rigen por tanto según el § 2, básicamente las reglas de los tres primeros capítulos del CP, así como los principios no escritos generalmente reconocidos en el Derecho penal alemán, como por ejemplo los requisitos del dolo y la imprudencia. Así, la materia regulada en el CPI queda incluida en el Derecho penal alemán general. Sólo en tanto en cuanto el CPI en el §1 así como en los § 3 a 5 contiene preceptos especiales, los mismos desplazan conforme al § 2 a las reglas generales, en cuanto que en tal caso subsisten las exigencias del Estatuto de la CPI.

Puesto que el § 2 sólo prevé reglas especiales desplazantes en la medida aquí suficientemente especificada, la parte especial completa del CP sigue siendo aplicable también a las formas de comportamiento penalizadas en el CPI. En caso de concurrencia de infracciones jurídicas según el CPI y el CP rigen las reglas concursales del Derecho penal alemán comprendidas en la remisión del § 2 (véase supra A. III). Lo mismo rige para la concurrencia de las normas del CPI con las disposiciones del CpM¹⁵, aplicable a los delitos cometidos por soldados del ejército alemán.

¹² (N. de la T.) Strafprozeßordnung, Ley de Procedimiento Penal.

¹³ (N. de la T.) Ley de Introducción del Código Penal Internacional (EGVStGB).

¹⁴ (N. de la T.) Vergehen.

¹⁵ (N. de la T.) Código Penal Militar (Wehrstrafgesetz [WSIG])

Para algunas cuestiones de la Parte general rigen, según el § 2, las normas del Derecho penal alemán, aunque los preceptos correspondientes del Estatuto de la CPI estén formulados de una manera distinta. Sin embargo, materialmente en dichos casos no se presentan diferencias tan esenciales que sea necesaria una adopción de los preceptos del Estatuto de la CPI (y con ello de discordancias con el Derecho penal alemán general). En concreto se trata de los siguientes ámbitos:

a) El principio de legalidad

El principio de legalidad, que se desarrolla en los artículos 22 a 24 del Estatuto de la CPI, se encuentra ya en el artículo 103 párrafo 2 de la Constitución y en el § 1 del CP.

b) La mayoría de edad penal

Aunque el art. 26 del Estatuto de la CPI sólo fundamenta la competencia de la Corte penal internacional sobre personas que en el momento del hecho tenían por lo menos 18 años, no es necesaria una regla sobre la mayoría de edad penal en el CPI diferente a la del § 19 del CP. Y ello porque el art. 26 del Estatuto de la CPI no establece una regla de Derecho internacional específica sobre la cuestión de la responsabilidad penal juvenil, sino que solamente excluye para este grupo de personas la jurisdicción de la CPI; tras el art. 26 del Estatuto de la CPI se encuentra la consideración práctica de que una regulación separada del proceso y las sanciones para el enjuiciamiento de jóvenes que no participarán la mayoría de las veces en la comisión de crímenes de Derecho internacional en una posición prominente, hubiera exigido una inversión demasiado grande. Sin embargo a ello no se opone enjuiciar a autores jóvenes según el Derecho nacional, es decir, en Alemania según la Ley de Tribunales Juveniles (LTJ)¹⁶.

Para adolescentes entre las edades de 18 a 21 años rige el § 105 de la LTJ.

c) Dolo

Según el art. 30 del Estatuto de la Corte penal internacional se exige para actuar dolosamente (“intention“) querer en relación con el propio actuar y al menos considerar probables las consecuencias y circunstancias de la acción. El requisito del

¹⁶ (N. de la T.) Jugendgerichtsgesetz (JGG).

dolo se refiere, por tanto, también a la existencia de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil” en el § 7 CPI o de un “conflicto armado” en el § 8 CPI. En la definición del art. 30, sin embargo, no se comprende el caso de que el autor se represente una consecuencia del hecho sólo como posible pero se conforme con ella consintiéndola para el caso de que se produzca. En la comprensión alemana en estos casos también concurre dolo (eventual). La definición más reducida del dolo en el Estatuto de la CPI no se incorporó al CPI pues en los delitos regulados en él la comisión con dolo eventual no puede ser vista como menos reprochable que en cualquier otro caso del Derecho alemán en el que la representación de la posibilidad por el autor conduce ya a la pena del delito doloso. Así, por ej., también realiza dolosamente lo injusto de la tortura (§ 7 párrafo 1 n.º 5 CPI) el autor que maltrata a una persona que se encuentra en su poder y no sabe seguro pero se conforma, consintiéndolo, con que con ello la víctima sufra “daños físicos o mentales graves”. De ahí que aparezca como básicamente conveniente extender la punibilidad del dolo, en consonancia con la regulación general del Derecho penal alemán, más allá de lo que el Estatuto de la CPI pretende como exigencia mínima. El dolo eventual, sin embargo no basta en los casos en los que ya la descripción de la acción típica requiere el comportamiento dirigido a un fin, como por ej. el “dirigir un ataque contra una población civil” en el § 11 párr. 1 n.º 1 CPI (vid. Exposición de motivos sobre el § 11).

d) Consentimiento

No es necesaria una regulación especial sobre el efecto del consentimiento. Ciertamente podría pensarse en subrayar expresamente la irrenunciabilidad de los derechos existentes para la protección del individuo (como por ej. en el art. 8 de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949). En efecto —salvo para la excepción expresamente prevista en el § 8 párrafo 1 n.º 8 CPI— la irrelevancia fundamental del consentimiento individual para una eventual justificación del autor en los delitos contenidos en el CPI surge ya de que los mismos se dirigen (también) contra bienes jurídicos supraindividuales que no son disponibles para el individuo. En tanto en cuanto el consentimiento de la víctima excluya ya la posibilidad de realización del tipo, como por ej. en el crimen de guerra consistente en violación (§ 8 párrafo 1 n.º 4 CPI), decae la punibilidad; esto resulta conforme con el Derecho penal alemán general y no necesita ser regulado aquí de forma especial.

e) Legítima defensa

Aunque el art. 31 párr. 1 letra c del Estatuto de la CPI contiene una regulación independiente de la legítima defensa que presenta algunas modificaciones respecto del § 32 CP, resulta innecesaria adoptar el precepto del Estatuto en el CPI. También la jurisprudencia de los tribunales alemanes niega en todo caso la “procedencia” de la legítima defensa en casos de clara desproporción entre los bienes defendidos y lesionados. Por ello no es necesaria una mención expresa del requisito de proporcionalidad dispuesto en el Estatuto. La designación prevista en el Estatuto de los objetos de defensa que únicamente son susceptibles de legítima defensa representa sólo una concreción abstractamente anticipada del principio de proporcionalidad, de modo que tampoco aquí es necesaria una regulación especial de la legítima defensa. Es más, hay que partir de que la definición legal del § 32 párrafo 2 CP en relación con la interpretación de los elementos de la autorización del § 32 párrafo 1 CP basta para tener en cuenta las exigencias del Estatuto de la CPI, especialmente cuando mediante la aplicación e interpretación del § 32 CP en los casos que aquí interesan también habrá que invocar los preceptos correspondientes del Estatuto de la CPI. Una regulación especial podría, además, conducir fácilmente a problemas de aplicación legal y además permitir formarse la falsa impresión de que acciones típicas según el CPI fueran imaginables sin más en legítima.

f) Represalias

Mediante la remisión del § 2 no se excluye la aplicación complementaria de reglas de Derecho internacional consuetudinario en el ámbito de la Parte general. Al respecto hay que pensar en especial en las represalias que desde siempre se han discutido como causa de justificación especial en delitos internacionales, en especial en crímenes de guerra (vid. BGHSt 23, 103, 107 ss.), cuyo ámbito de aplicación, sin embargo, se limita progresivamente. Por represalia se entiende un comportamiento contrario al Derecho internacional que un sujeto de Derecho internacional dirige como medio de presión contra el comportamiento contrario al Derecho internacional de otro sujeto de Derecho internacional (BGH, ob. cit, p. 107). Sin embargo, las represalias están, si en algún caso pueden estarlo, permitidas por Derecho internacional sólo bajo estrictas condiciones: Tienen que ser ordenadas por el mando supremo militar o estatal, su aplicación debe ser proporcionada, sólo pueden ser ejecutadas como ultima ratio —es decir, tras el fracaso del intento de solución amistosa del conflicto y tras previa amenaza— para la aplicación o

reinstauración del Derecho, y no meramente como medida de venganza, y deben tener en cuenta las consideraciones de humanidad (vid. art. 50 y ss. del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por comportamientos ilícitos en la última versión propuesta; UN-Doc. A/CN.4/L.600 de 11 de agosto de 2000). Una acción cometida en tiempo de paz que realice el tipo del genocidio o de los crímenes contra la humanidad ya en atención a estas limitaciones generales no podrá justificarse como represalia.

En acciones relacionadas con un conflicto armado que realicen el tipo de un crimen de guerra, por el contrario, puede considerarse en el caso concreto una represalia justificante. Ello es imaginable, por ejemplo, cuando un acto de combate en sí contrario al Derecho internacional, como por ejemplo la utilización de un arma prohibida contra combatientes, se utiliza como represalia para impedir ulteriores violaciones (del mismo tipo) de la parte contraria. En parte se acepta además que el Derecho internacional consuetudinario (también) permite represalias contra civiles bajo estrictas condiciones (vid. por ej. Greenwood, *Netherlands Yearbook of Humanitarian Law* 20 [1989], p. 47 s.). El Tribunal Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la valoración jurídico internacional de la utilización de armas atómicas eludió tomar una decisión sobre este punto (ICJ Reports 1996, Nr. 46). La República Federal Alemana, en el año 1991, se ha reservado el derecho a “reaccionar con todos los medios permitidos por el Derecho internacional” “contra lesiones graves y sistemáticas” del Protocolo Adicional I, en especial de los arts. 51 y 52 (Erklärung zum Inkrafttreten der Zusatzprotokolle I und II, Nr. 6, BGBl. 1991 II p. 968, 969). Con ello ha dado a entender (BMJ, Bundesregierungsentwurf Völkerstrafgesetzbuch, Proyecto del Gobierno Federal, página 36 de 91) que sin embargo no considera la prohibición convencional de las represalias, recién establecida por el Protocolo Adicional I, en su totalidad como expresión del Derecho internacional consuetudinario. Esta interpretación jurídica debe valer tanto más para el conflicto armado no internacional, para el que falta una prohibición convencional de las represalias.

Sin embargo, el desarrollo más reciente del Derecho internacional humanitario apunta en dirección a la generalizada inadmisibilidad de las represalias. Ya los Convenios de Ginebra de 1949 (“Convenios de Ginebra”) contienen prohibiciones amplias de las represalias para el caso de un conflicto armado internacional. (vid. art. 46 del Primer Convenio de Ginebra; art. 47 del Segundo Convenio de Ginebra; art.

13 párr. 3 del Tercer Convenio de Ginebra; arts. 33, 34, 147 del Cuarto Convenio de Ginebra), que no sólo tienen validez convencional internacional sino que también reflejan el Derecho internacional consuetudinario. Según los mismos quedan excluidas en especial las represalias contra las personas protegidas según el Derecho internacional humanitario y que las respectivas partes en el conflicto tengan bajo su control. Para este ámbito nuclear ya desde hace tiempo se parte de que las represalias están prohibidas también en el conflicto armado no internacional en el Derecho internacional consuetudinario (Kalshoven, *Netherlands Yearbook of International Law* 21 [1990], 78 s.; Comité Internacional de la Cruz Roja, Ed., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*, 1987, pp. 1372 s.). Esta concepción ha experimentado una importante confirmación a través de la afirmación en la Decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic (Tadic, IT-94-1-AR 72, 2.10.1995, para. 87 ss., 137), según la cual el Derecho internacional humanitario del conflicto armado no internacional se ha aproximado mucho al del conflicto armado internacional.

El Protocolo Adicional I va todavía un paso más lejos y excluye de forma general las represalias contra civiles de la parte contraria del conflicto en el marco de acciones de combate en un conflicto armado internacional (arts. 51 ss., en especial 51 párr. 6, 75 párr. 2 c del Protocolo Adicional I), y el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia ha admitido la consolidación en Derecho internacional consuetudinario de estas prohibiciones de las represalias recientemente introducidas también por el Protocolo Adicional (Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 527-536, 533). En ello el Tribunal tampoco ha distinguido entre conflictos armados internacionales y no internacionales (Kupreskic et al., cit., para. 534).

En vista de esta tendencia en el desarrollo del Derecho internacional, que todavía se encuentra en marcha, no es recomendable regular las represalias como causa de justificación en el Código penal internacional. Para el pequeño ámbito en el que todavía pueden ser consideradas las represalias hoy como causa de justificación, puede quedar a cargo de la jurisprudencia el decidir en el caso concreto atendiendo al correspondiente estado de desarrollo del Derecho internacional humanitario.

g) Culpabilidad

La regulación en el art. 31 párrafo 1 letra a del Estatuto de la CPI sobre la exclusión de la responsabilidad por enfermedad mental se corresponde con el § 20

CP. El art. 31 párrafo 1 letra b del Estatuto de la CPI deja subsistente la responsabilidad en supuestos de causación propia de enbriaguez, regla que ciertamente no tiene una correspondencia directa en el CP alemán. Ello no obstante, la punibilidad de un autor en dicha situación también está garantizada en el Derecho penal alemán vigente, bien, en tanto resulte aplicable, a través del principio de la “*actio libera in causa*” o por lo menos mediante la punibilidad por el § 323a CP. Por ello no es recomendable una regulación especial de esta materia cuestionada y jurídico-políticamente en transición para el pequeño ámbito de los delitos internacionales.

h) Error

La regulación del error contenida en el art. 32 párrafo 1 del Estatuto de la CPI corresponde por la materia al § 16 CP. En cambio el art. 32 párrafo 2 en relación con el art. 33 del Estatuto de la CPI en contra del § 17 CP excluye de forma general la consideración misma de un error invencible de prohibición —excepto para el caso especial de la obediencia debida—. Sin embargo, consideraciones constitucionales se oponen a la trasposición de este precepto al Derecho alemán, pues la máxima “*error iuris nocet*”, todavía ampliamente reconocida en el Derecho americano, contradice el principio de culpabilidad consagrado en Alemania también constitucionalmente. La renuncia a una regulación especial según el modelo del art. 32 párrafo 2 del Estatuto es, además, posible sin más porque en la aplicación práctica del CPI la regulación del error cumple con las exigencias del Estatuto: a causa de las altas exigencias que la jurisprudencia alemana establece respecto de la vencibilidad de un error de prohibición en el sentido del § 17 CP (vid. por ej. BGHSt 39, 1, 32-35), no es posible imaginar ningún caso en el que un autor de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra pudiera alegar con éxito en Alemania un error invencible de prohibición.

i) Estado de necesidad exculpante

Los supuestos de “*duress*”¹⁷ regulados en el art. 31 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI se corresponden en esencia con la regulación del estado de necesidad excul-

¹⁷ (N. de la T.) Se mantiene en la traducción el término inglés *duress* utilizado en el original que en la versión española del Estatuto se traduce por *coacción*.

pante del § 35 CP. Únicamente existen dos diferencias: las acciones que se realizan sólo para proteger la propia libertad (ambulatoria) pueden ser exculpadas según el § 35 CP pero no según el art. 31 párrafo 1 letra d del Estatuto, y el Estatuto prevé la exención de pena sólo cuando el autor no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Pero en los casos de evidente desproporción entre el resultado de la acción realizada en estado de necesidad y el bien defendido también se rechaza la exculpación según el Derecho alemán vigente conforme al § 35 párrafo 1 inciso 2 CP (vid. Lenckner/Perron, en: Schönke/Schröder, StGB, 26ª Ed., § 35 marg. 33 con citas ulteriores). Por ello no cabe imaginar ningún caso en el que un autor que haya cometido un crimen contenido en el CPI para asegurar su libertad ambulatoria (o la de un familiar) sea exculpado por el § 35 CP, pues los bienes jurídicos protegidos en el CPI son siempre más valiosos que la libertad ambulatoria. En suma, una regulación especial contraria al § 35 CP parece por ello innecesaria.

j) Improcedencia del cargo oficial

No se prevé un precepto sobre la improcedencia del cargo oficial para la punibilidad en el sentido del artículo 27 párr. 1 del Estatuto de la CPI puesto que el Derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del gobierno o los parlamentarios. El precepto del artículo 27 párr. 2 del Estatuto de la CPI que prevé la irrelevancia de las reglas internas o internacionales sobre inmunidades no afecta a la punibilidad sino a la perseguibilidad de los delitos internacionales por el tribunal. La inmunidad parlamentaria establecida en el artículo 46 párrafos 2 a 4 de la Constitución alemana, así como en preceptos similares de las constituciones de los Estados federados no supone aquí finalmente ningún problema. En tanto que debería bastar para una perseguibilidad interna preferente también en atención a la regulación del Estatuto con que dada la inmunidad de un parlamentario contra el que existe la sospecha de haber cometido un crimen internacional, en el caso concreto la misma fuera alzada por el Parlamento. No son de esperar supuestos de colisión en relación con la inviolabilidad de los parlamentarios por sus manifestaciones en el Parlamento. Tampoco la regulación de los § 18 a 20 LTC¹⁸, pues el art. 27 párrafo 2 del Estatuto de la CPI no obliga a Alemania a perseguir ella misma, dado el caso, a autores extranjeros que caigan en esas

¹⁸ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

disposiciones. Para la cooperación con la CPI prevé el Estatuto de la CPI (vid. supra A IV) que los § 18 a 20 LTC¹⁹ no impiden la entrega de personas a la Corte internacional.

k) Autoría, participación, tentativa

La regulación de la responsabilidad penal individual en el art. 25 del Estatuto de la CPI no necesita ninguna trasposición especial pues por la materia se corresponde con las formas de autoría y participación del los § 25 a 27 del CP así como a la regulación de la tentativa de los art. § 22 a 24 CP. También la participación en un grupo, regulada en el art. 25 párrafo 3 letra d del Estatuto, está comprendida en el art. 27 CP. La especialidad de esta forma de participación consiste únicamente en que la acción de ayuda del cómplice se refiere allí al delito (al menos intentado) de un grupo. Esta diferencia no justifica una regulación propia.

l) Consecuencias jurídicas y medición de la pena

No se prevén regulaciones especiales sobre las consecuencias jurídicas y sobre la medición de la pena. El Estatuto de la CPI concluye las reglas esenciales para la propia jurisprudencia de la Corte penal internacional en sus artículos 77, 78 y 110, completadas con las reglas correspondientes de las “Reglas de Procedimiento y Prueba” (vid. UN-Doc.PCNICC/2000/1/Add.1, Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, de 2 de noviembre de 2000, Rules 145-148). Como penas prevé el Estatuto, sin mención de un límite inferior, la privación temporal de libertad con un límite máximo de 30 años, la privación perpetua de libertad y la pena de multa —sin límite alguno—. Esta última, sin embargo, únicamente puede imponerse junto con una pena privativa de libertad. A los tipos comprendidos en los arts. 5 a 8 del Estatuto de la CPI no se les asigna ningún marco penal especial. La posibilidad de una suspensión condicional no está prevista ni en la sentencia ni como suspensión del resto de pena²⁰. Con todo, el art. 110 ofrece la posibilidad de reducción posterior de la duración de la pena tras el cumplimiento de al menos dos tercios de la pena privativa de libertad temporal o de 25 años en la pena de privación perpetua de libertad.

¹⁹ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional).

²⁰ (N. de la T.) *Strafrestaussetzung* también puede traducirse como *libertad condicional*.

Estas disposiciones parecen problemáticas para el Derecho alemán en vista de los amplios márgenes de arbitrio, por la razón fundamental de las exigencias constitucionales de concreción así como desde el punto de vista de la igualdad de trato en comparación con los condenados por el Derecho penal común. Pero tampoco son directamente vinculantes para la jurisprudencia penal internacional de los tribunales alemanes. Para asegurar la preferencia de la persecución penal interna frente a la jurisdicción sólo complementaria de la CPI que interviene cuando el Estado no quiere o no está en condiciones de realizar la persecución penal correspondiente (vid. art. 17, 20 párrafo 3 Estatuto de la CPI), sólo hay que atender a que las normas propias sobre consecuencias jurídicas permitan un castigo que, ante el fondo de los preceptos penales del Estatuto de Roma y de la jurisprudencia penal internacional, pueda ser visto como claramente desproporcionado por su no escasa gravedad.

Por ello, en el Proyecto se asigna a cada tipo penal un marco penal concreto que tiene en cuenta la abstracta graduación de lo injusto. Como penas se prevén, al igual que en el Estatuto, únicamente las privativas de libertad —en atención a la gravedad de los crímenes de los que aquí se trata—. Por lo demás, por las consideraciones mencionadas, no es necesario ni oportuno prever disposiciones especiales contrarias al Derecho penal general. En especial, del art. 78 párrafo 1 del Estatuto de la CPI y de las disposiciones correspondientes de las “Reglas de Procedimiento y Prueba” no resulta tampoco especialidad alguna en relación con la concreta medición de la pena que no tenga en cuenta el Derecho de medición de la pena existente y la jurisprudencia referida él.

Para la asignación del marco penal concreto a los tipos individuales son relevantes las siguientes consideraciones: por un lado, el CPI castiga los crímenes más graves contra la convivencia pacífica de los pueblos, es decir, el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y establece por ello básicamente marcos penales más altos que para los tipos correspondientes del Derecho penal general. En segundo lugar, el Proyecto parte de que en los crímenes contra la humanidad por la relación funcional con un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” por regla general será apropiada una pena superior a la de los crímenes de guerra comparables a ellos por la forma de comisión. En tercer lugar, el Proyecto tiene la tarea de concretar el peso de los subtipos individuales en proporción unos con otros dentro de cada categoría de crímenes. A pesar de la autonomía del CPI, para las necesarias precisiones de proporción se puede recurrir en gran medida a las asignaciones de marcos penales del CP: haciendo abstracción de la conexión con un

conflicto armado o con un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, el CP contiene tipos en gran medida paralelos. Las valoraciones ponderadas de lo injusto por parte del legislador federal alemán se pueden deducir aquí de los marcos penales y utilizarse para la ponderación relativa de los tipos del CPI entre sí. Finalmente, se ha de tener en cuenta la demanda de que las amenazas penales indicadas en cada caso concreto den lugar a un sistema en sí coherente también en caso de inclusión de ciertos supuestos atenuados o agravados. En atención a las elevadas penas mínimas, el Proyecto prevé supuestos atenuados en especial allí donde, por razón de una amplia redacción típica, debe partirse de un amplio ámbito de juego respecto de la gravedad imaginable del hecho.

m) Ne bis in idem

Una regulación del principio “ne bis in idem” (artículo 20 del Estatuto de la CPI) en relación con la Corte penal internacional resulta innecesaria, pues para la relación entre la CPI y los tribunales alemanes se previó la regla correspondiente en el Estatuto de la CPI (vid. § 3, § 70 E-CPI²¹).

Sobre el § 3 (Actuar en cumplimiento de órdenes o disposiciones)

Aunque la regulación del error de prohibición del § 17 CP también es aplicable al ámbito del CPI no se puede renunciar a un precepto sobre la obediencia debida que se ajuste, por un lado, al artículo 33 del Estatuto de la CPI y, por otro, al § 5 del CpM²². De la misma manera que el § 5 CpM, el § 3 contiene una regulación del error para el autor de un crimen de guerra que actúa en cumplimiento de una orden militar o civil del mismo valor más favorable frente al § 17 CP, y por ello ya irrenunciable a causa del principio de justicia mundial.

El texto del Proyecto se basa en la distinción implícita en el § 22 CpM entre órdenes obligatorias y no obligatorias (es decir contrarias al Derecho penal o a los derechos humanos). En tanto en cuanto un subordinado cumple una orden obligatoria no puede verificarse la punibilidad en el marco del CPI pues tal orden, según la definición del § 22 párrafo 1 del CpM no puede exigir nada contrario al Derecho penal o a los derechos humanos (vid. también § 11 párr. 1 inciso 3 SoldG²³). El § 3

²¹ (N. de la T.) Estatuto de la Corte Penal Internacional.

²² (N. de la T.) Código Penal Militar (Wehrstrafgesetz [WStG]).

²³ (N. de la T.) SoldG (Soldatengesetz) Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, Ley sobre la Situación Jurídica de los Soldados.

se refiere, por tanto, sólo al caso en que un subordinado ejecuta una orden no obligatoria. Aquí el § 5 CpM, que supone una causa de inculpabilidad peculiar y una regulación especial del error de prohibición, contiene un privilegio para el soldado en tanto que no fundamenta la culpabilidad, como hace el § 17 CP, ya en la mera venibilidad del error sobre la antijuridicidad, sino en la evidencia de la antijuridicidad. Esta regulación rige también según el art. 33 del Estatuto, aunque debido a la ficción legal de la evidencia de la antijuridicidad en el art. 33 párrafo 2 del Estatuto de la CPI, finalmente sólo para los crímenes de guerra. Se prescindió de la asunción de esta ficción en el CPI; sería problemática en atención al principio de culpabilidad y además desde el punto de vista técnico-legal es superflua si se limita el § 3 —como así se hace— desde el principio a los delitos de las Secciones segunda y tercera del CPI. No obstante, los delitos de la Sección tercera son contemplados aquí porque, por ejemplo, la antijuridicidad de una orden de no comunicar un crimen contra la humanidad no es evidente en la misma medida que la antijuridicidad de la orden de cometer tal delito. Prestar atención al reconocimiento de la antijuridicidad en lugar de hacerlo al conocimiento sobre la antijuridicidad tiene un motivo meramente lingüístico. Coincide con la formulación del § 5 CpM; ello no conlleva una modificación en cuanto al contenido. La restante diferencia en la formulación respecto del CpM, en el cual depende de la antijuridicidad del hecho y no de la orden, surge del estrecho apoyo en el Estatuto. En la práctica no debería jugar un gran papel, pues el Estatuto parte, sin decirlo, de que toda orden de cometer un hecho, tal y como se regula en el CPI, es antijurídica y el autor por ello únicamente no es culpable cuando él tampoco tenía conocimiento de esta causa de antijuridicidad.

La amplísima referencia del Estatuto de la CPI al privilegio del subordinado a las órdenes de un superior civil que incurre en error se limita en el § 3 a “órdenes de efecto vinculante objetivamente equivalente”. La regla es, por tanto, la relación de supra-subordinación jerárquica unida generalmente a la orden militar que, por ejemplo, puede existir en la relación entre el gobernador civil de un territorio ocupado y sus subordinados.

Sobre el § 4 (Responsabilidad de los jefes militares y otros superiores)

El precepto recoge un aspecto de la responsabilidad del superior por los delitos del inferior contenida en el artículo 28 del Estatuto de la CPI. El Derecho penal alemán no contiene ninguna regla general de este tipo, si bien es cierto que también

se llega al resultado de la punibilidad del superior en los casos en los que éste permite a sabiendas la comisión del hecho por el subordinado sujeto a obediencia bien a través del § 13 CP o en cualquier caso por el precepto especial del § 357 CP. Igual que el § 357 CP dispone el § 4 el castigo del superior en la misma medida que el hecho del inferior incluso aunque la omisión del primero sólo pueda calificarse dogmáticamente como mera complicidad. Por la especial responsabilidad del superior el párrafo 1 inciso 2 deja claro que no entra en consideración aquí una atenuación conforme al § 13 párr. 2 CP. La regulación rige según el párrafo 2 no sólo para superiores formales sino también para superiores civiles y militares de facto; lo decisivo es la existencia de poder de mando y control objetivos que implican la posibilidad de evitar el hecho.

Si el superior no sabía nada de los inminentes delitos del subordinado no puede ser castigado igual que si fuera autor del delito doloso, según los principios del Derecho penal alemán por falta de dolo. La amplia extensión del concepto de autoría en este punto, según la máxima “respondeat superior”, como prevé el artículo 28 letra a (i) del Estatuto de la CPI también para el supuesto de no impedir un delito de manera meramente imprudente, no podría ser por ello adoptada en la parte general del CPI. Estos supuestos sin embargo, deben ser comprendidos en la parte especial del CPI a través de los preceptos sobre la lesión del deber de vigilancia (§ 13) así como sobre la omisión de la comunicación de un delito (§ 14).

Sobre el § 5 (Imprescriptibilidad)

El artículo 29 del Estatuto de la CPI excluye la imprescriptibilidad de todos los delitos que caen en la jurisdicción de la CPI, por lo tanto de todos los “crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto” mencionados en el artículo 5 del Estatuto de la CPI. Esta rigurosa exigencia se traslada mediante el § 5. Con la disposición de la imprescriptibilidad el legislador federal agota el amplio margen de organización que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal le compete, para evitar la objeción de una complementariedad ausente de la regulación alemana. Por consideraciones de igualdad en atención al CP, el precepto únicamente comprende los crímenes regulados en el CPI, pues los delitos regulados en los § 13 y 14 son de menor gravedad. Por supuesto, no hay que desconocer que esta regulación, ante todo en lo que respecta a los supuestos menos graves de los crímenes de guerra, conduce a fricciones con el Derecho penal alemán general,

que prevé la imprescriptibilidad exclusivamente para el asesinato y el genocidio (§ 78 párr. 2 CP). Sin embargo es preciso observar que el § 78 párr. 3 n.º 1 y 2 CP también prevé plazos de prescripción de 20 ó 30 años para cualquier delito amenazado con pena privativa de libertad superior a 10 años, lo que de hecho a menudo equivale a la imprescriptibilidad. Además, con frecuencia ocurrirá para los delitos del CPI que en los Estados llamados en primer lugar a la persecución penal (Estado lugar de comisión, patria del autor), la persecución es inhibida durante largo tiempo por falta de una voluntad de persecución estatal realizable fácticamente (vid. § 78 b párr. 1 n.º 2 CP); parece justificada una supresión general de los plazos de prescripción para poder perseguir en estos casos los crímenes de los § 6 a 12 CPI también tras largo tiempo. En correspondencia con la exclusión de la prescripción de la ejecución de penas por genocidio prevista hasta ahora en el § 79 párr. 2 CP, prevé el § 5 que la ejecución de penas por crímenes del CPI no prescribe. Algo distinto rige sólo en los casos de los § 13 y 14 CPI, pues aquí se trata únicamente de delitos, de modo que a estos tipos se aplican, según el § 2 CPI, los plazos generales de prescripción del § 78 párr. 3 n.º 5 o del § 79 párr. 3 CP. Esto parece adecuado a la vista de la menor gravedad de los hechos que los motivan.

Segunda parte

DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL

Sección primera

GENOCIDIO Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

El genocidio y los crímenes contra la humanidad se sitúan en el mismo apartado debido a su estrecha relación material. El tipo de genocidio ha demostrado su eficacia en los procesos seguidos hasta hoy y por tanto se traslada sin cambios desde el Código penal. El tipo de los crímenes contra la humanidad se formula ajustándose lo más posible al Estatuto de Roma.

Sobre el § 6 (Genocidio)

La formulación se corresponde en su tenor literal en lo esencial con el tipo actual de genocidio del § 220a CP. El precepto se basa en la definición del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (BGBl. 1954 II p. 729) y de esta forma concuerda al mismo tiempo con el artículo 6 del Estatuto de la CPI.

La formulación inicial de las cifras 1, 2 y 5, que se aparta del artículo 6 del Estatuto de la CPI y del § 220a CP, puntualiza que ya pueden existir los presupuestos del genocidio cuando la acción se dirige únicamente contra una persona. Esta expresión lingüística del tipo tiene en cuenta los elementos del crimen del artículo 6 del Estatuto de la CPI y confirma la actual interpretación del tipo de genocidio (vid. Jähnke, en: *Leipziger Kommentar*, 11ª edición, § 220a nm. 10; Eser, en: *Schönke/Schröder*, 26ª ed., § 220a nm.4). Si la acción se dirige contra varias personas es de suponerse una unidad de acción típica (vid. BGHSt²⁴ 45, 65, 85 ss). Las otras discrepancias que presente el § 6 párr. 1 núms.3 y 5 en comparación con la redacción hasta hoy del § 220a CP responden únicamente a razones de tipo lingüístico.

El elemento típico grupo “determinado por su nacionalidad”, utilizada hasta ahora en el § 220a CP, ha sido sustituido, apoyándose en el tenor literal del artículo 6 del Estatuto de la CPI, por el concepto “étnico”, que es utilizado en concordancia con el Estatuto de la CPI también en el § 7 párrafo 1 n.º 10. No supone un cambio del contenido material del precepto.

En lo que respecta a la instigación pública al genocidio, punible según el artículo 6 en relación con el artículo 25 párrafo 3 letra e del Estatuto de la CPI, se mantiene la punibilidad a tenor de los § 111 y 130a CP, como hasta ahora.

Sobre el § 7 (Crímenes contra la humanidad)

El precepto se basa en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. En la formulación se da entrada a una lista de los instrumentos de Derecho internacional ya existentes, especialmente el artículo 6c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el artículo II n.º 1c de la Ley n.º 10 del Consejo de Control (Aliado), el artículo 5c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el artículo 3 del

²⁴ (N. de la T.) BGHSt es la abreviatura utilizada para citar una sentencia penal del Tribunal Supremo Federal alemán.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Los crímenes contra la humanidad constituyen un grupo independiente de tipos, frente a los crímenes de guerra, para el castigo de las lesiones graves de los derechos humanos. Pueden cometerse tanto durante tiempo de paz como en el transcurso de conflictos armados internacionales o no internacionales.

El tipo se ha formulado de la manera más ajustada posible al artículo 7 del Estatuto de la CPI. Las concreciones que en parte se han hecho de algunos elementos del tipo pretenden tener en cuenta las exigencias del principio constitucional de determinación. El orden de los tipos concretos se separa del art. 7 párrafo 1 del Estatuto de la CPI. Las diferencias se apoyan, por un lado, en la clasificación del crimen de apartheid como tipo cualificado (vid. art. 7 párrafo 1 letra j del Estatuto de la CPI frente al § 7 párr. 5 CPI). Por otra parte, el orden de las concretas conductas en el párrafo 1 se orienta a la gravedad del hecho, como se desprende del marco penal previsto.

1. El tipo básico del § 7 párr. 1

El tipo objetivo de los crímenes contra la humanidad presupone siempre la realización de al menos una de las modalidades típicas enumeradas en el § 7 párr. 1 núms.1 a 10. En lo que respecta a las concretas modalidades típicas en particular se trata, mayoritariamente, de formas de conducta que ya están comprendidas como tales en diversos preceptos del CP. Las acciones particulares adquieren su carácter de crímenes contra la humanidad y, con ello, de crímenes de Derecho internacional — apoyándose estrictamente en el Estatuto de Roma— sólo por la existencia de una conexión funcional con un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Los hechos singulares deben incluirse en este ataque, el “hecho global”.

Desde el punto de vista subjetivo es siempre necesaria al menos la presencia de dolo típico eventual (§ 15 CP). El dolo debe dirigirse, por una parte, a la inclusión de la acción en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, siendo suficiente también el dolo eventual respecto de la existencia de tal ataque. Por otra parte, el dolo debe abarcar la realización de (al menos) una de las modalidades típicas del § 7.

a) El hecho global

Para interpretar el elemento “ataque contra una población civil” debe acudirse a la definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra a del Estatuto de la CPI.

Conforme a ello, “ataque contra una población civil” alude a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 (del artículo 7) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una Organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Tras el ataque debe existir, por tanto, un colectivo que normalmente, aunque no necesariamente, será un Estado en el sentido del Derecho internacional. No es necesario, pues, un ataque militar en el sentido del Derecho internacional humanitario (vid. art. 49 del Protocolo Adicional I) para la realización del tipo.

Un ataque es generalizado cuando supone un gran número de víctimas entre la población civil; un ataque sistemático presupone un importante grado de planificación. Ambas características coincidirán en numerosas ocasiones.

b) Los hechos en particular

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 1 (**Homicidio doloso**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra a del Estatuto de la CPI y presupone que el autor causa la muerte de una o más personas.

*Sobre el § 7 párr. 1 n.º 2 (**Exterminio**)*

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra b del Estatuto de la CPI. Las modalidades típicas se encuentran en estrecha conexión material con el tipo de genocidio. A diferencia del artículo 7 párr. 2 letra b del Estatuto de la CPI el exterminio se ha formulado aquí a partir del § 220a párr. 1 n.º 3 CP. La característica de la “intención de destruir total o parcialmente una población”, introducida a diferencia de lo establecido en el Estatuto de Roma, sirve para precisar objetivamente los presupuestos de la punibilidad por medio de una armonización con el tipo de genocidio.

A diferencia del tipo de genocidio, la modalidad típica del exterminio no se limita a grupos determinados e incluye especialmente a los grupos políticos o sociales. Como en el genocidio, tampoco aquí es necesario un resultado concreto de lesión. En el caso concreto, siempre que se reúnan también los requisitos típicos del § 220a párr.1 n.º 3 CP en su redacción actual, o en la redacción proyectada para el § 6 párr.1 n.º 3 CPI, puede producirse un concurso ideal precisamente con este tipo.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 3 (Esclavitud)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra c del Estatuto de la CPI. La modalidad típica de la esclavitud conmina con pena el arrogarse un pretendido derecho de propiedad sobre una persona, especialmente en el caso típico de tráfico con una mujer o un niño. Para la interpretación de las modalidades típicas se ha de acudir en particular a la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 (BGBl. 1958 II p. 205), así como a la práctica jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 515 ss.).

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 4 (Deportación o traslado forzoso)

El precepto se basa en el artículo 7 párr.1 letra d del Estatuto de la CPI. La modalidad típica exige el desplazamiento forzoso de una persona fuera del territorio en el que habita legalmente.

A diferencia del artículo 7 del Estatuto de la CPI, el § 7 párr. 1 n.º 4 no exige el desplazamiento “de una población” (artículo 7 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI) ni de varias “personas” (artículo 7 párr. 1 letra d del Estatuto de la CPI). La ampliación del tipo, frente al tenor literal del Estatuto de la CPI, concuerda con la regulación en los elementos del crimen y es necesaria para la comprensión de lo injusto merecedor de pena. Como en los casos de los núms.1, 3, 5 a 9 es suficiente que una persona sea víctima del hecho. El decisivo aumento del injusto se desprende también aquí de la conexión funcional del hecho individual con el hecho global. Para contestar a la pregunta acerca de si una persona se encuentra “legalmente” en un territorio no es atendible el Derecho interno que sea contrario al Derecho internacional.

Solamente por la lesión de Derecho internacional que le sirve de base el hecho se convierte en un crimen de Derecho internacional. La fórmula elegida, “reglas generales del Derecho internacional”, a diferencia del Estatuto de la CPI, se remite al artículo 25 CA²⁵ y de esta forma especialmente a las reglas del Derecho internacional consuetudinario en el sentido del artículo 38 párrafo 1 letra b del Estatuto del Tribunal Internacional. Puesto que el artículo 55 CA sólo abarca el Derecho consuetudina-

²⁵ (N. de la T.) Las siglas en alemán son GG, abreviatura de Grundgesetz, esto es, la Constitución Alemana o Ley Fundamental de la RFA.

rio internacional universalmente válido, se asegura que también según el Derecho alemán sólo estén comprendidas aquellas modalidades de acción que hayan de ser consideradas injustos merecedores de pena según estándares universalmente válidos. Las medidas de expulsión que únicamente infrinjan regulaciones internacionales convencionales o Derecho internacional consuetudinario regional no son típicas.

Se ha de afirmar la existencia de una infracción de las reglas generales del Derecho internacional cuando no existe razón objetiva alguna para las medidas de expulsión, así por ejemplo en el caso de que grupos enteros de población o parte de ellos sean desplazados de su territorio tradicional de asentamiento sólo por motivos racistas en el marco de una política de “limpieza étnica”. Frente a ello, a priori no caen dentro del ámbito de aplicación de la norma las medidas legales que ponen fin a la estancia de, por ejemplo, extranjeros que están ilegalmente en el territorio. Lo mismo cabe decir del traslado de grupos de población para su protección, por ejemplo ante catástrofes naturales o combates militares en el caso de un conflicto armado.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 5 (Tortura)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra f del Estatuto de la CPI. La fórmula “de cualquier otro modo” aclara que se incluyen aquí las situaciones de control que tienen una entidad comparable a la toma en custodia.

En cambio, se excluye la modalidad típica de tortura cuando es consecuencia de sanciones admitidas por el Derecho internacional. Por una parte, se trata de aquellas que son compatibles con las reglas generales del Derecho internacional. En consecuencia, no se han de considerar torturas aquellas acciones que no están prohibidas por el Derecho internacional consuetudinario vigente, como por ejemplo en el caso de que en un Estado se ejecute la pena de muerte de conformidad con el Derecho internacional. A diferencia de lo que ocurre en el § 7 párr. 1 núms.4 y 9, no se hace referencia únicamente al Derecho consuetudinario internacional vigente universalmente, sino que tampoco las sanciones legales que sólo son permitidas por el Derecho consuetudinario internacional regional encajan en la modalidad típica de tortura. El § 7 párr. 1 n.º 5 comprende, de esta forma, únicamente las sanciones mundialmente proscritas como tortura. Falta la fundamentación de Derecho internacional consuetudinario para una penalización más amplia como tortura; no experimenta alteraciones la punibilidad conforme a otros preceptos.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 6 (Violencia sexual)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra g del Estatuto de la CPI. A diferencia del tenor literal del Estatuto de la CPI, se ha introducido adicionalmente en la formulación el elemento típico de la “coacción sexual” (vid. § 177 CP). Esta concepción fundamental garantiza que los elementos típicos citados en el Estatuto de la CPI “esclavitud sexual” y “otros abusos sexuales de gravedad comparable” se incluyan en el tipo. La inclusión como crímenes contra la humanidad de las formas de conducta punibles según el Derecho penal alemán como coacción sexual es acorde también con el Derecho internacional consuetudinario, como muestra en particular la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 436 ss.).

La formulación del elemento típico “embarazo forzado” se apoya estrechamente en la definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra f del Estatuto de la CPI. En lo que respecta al aspecto subjetivo se exige la “intención de influir en la composición étnica de una población”. No experimenta alteraciones la regulación del aborto (§ 218 a 219 CP).

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 (Desaparición forzada)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra i del Estatuto de la CPI. Penaliza la práctica que ya fue calificada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del año 1994 (OEA²⁶/Ser. P, AG/doc.3114/94 rev. 1) como crimen contra la humanidad. La definición legal contenida en el artículo 7 párr. 2 letra i del Estatuto de la CPI, sin embargo, no responde a las exigencias de determinación del Derecho alemán a la hora de concretar la responsabilidad penal individual. El § 7 párr. 1 n.º 7 diferencia, por ello, apoyándose en los “elementos del crimen” del Estatuto de Roma entre las modalidades de acción consistentes en la privación de libertad y la negación de información.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a

Según la letra a, el núcleo de la realización típica está constituido por la privación de libertad más especificada en el tipo. Con la expresión “gravemente” se deja

²⁶ (N. de la T.) Organización de Estados Americanos.

claro que especialmente las privaciones de libertad que sean sólo de escasa duración no caen dentro del ámbito de aplicación del tipo. La privación de libertad debe además realizarse por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política. Es necesario para la realización del tipo, además, que en lo sucesivo no se den sin tardanza, a pesar de la solicitud de información, por ejemplo de los parientes de la víctima, noticias sobre la suerte o el paradero de la persona privada de libertad, sin razones objetivas para tal demora. Por el contrario, la mera no comunicación de la noticia correspondiente, sin que exista la correspondiente demanda de información, no basta para realizar el tipo de la desaparición forzada. Incluso en el caso de la no comunicación de la noticia en cuestión se trata de una característica propia del tipo que debe ser abarcada por el dolo del autor. Según el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a la conducta, por lo tanto, únicamente es punible cuando además de la privación de libertad no se comunica la información mencionada, ello es abarcado por el dolo del autor, y existe la intención necesaria. Ya de la interpretación teleológica se desprende que una información falsa no constituye una información suficiente. Para aclarar esto se ha incluido el elemento “verídica”. Según la letra a, el autor no tiene que ser él mismo el ejecutor de la denegación o del suministro de información. Ahora bien, si produce una información sin demora ello supone que el autor de la privación de libertad en cualquier caso no puede ser sancionado por desaparición forzada consumada.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 7 letra b

Según la letra b, en la segunda modalidad típica el supuesto de hecho consiste en la negativa a proporcionar sin demora información después del previo secuestro o de una privación de libertad grave. Por tanto, esta modalidad típica presupone también una demanda de información; sin ella no es imaginable una negativa. Es el reflejo de la letra a, de forma que las consideraciones hechas supra son básicamente trasladables. Sin embargo, aquí no es suficiente —a diferencia de lo que sucede en la letra a— que la negativa a proporcionar información se realice solamente con la tolerancia de un Estado o de una organización política. El tipo se realiza únicamente cuando existe la orden correspondiente o, a pesar de que la negativa a proporcionar información no se realiza por orden de un Estado o de una organización política, el autor, sin embargo, por propia decisión y sin haber recibido órdenes voluntariamente adecúa su comportamiento a una política estatal de desaparición forzada y al mismo tiempo lesiona el deber jurídico existente de dar información. Tal deber jurídico

puede desprenderse del Derecho interno, por ejemplo del Derecho procesal penal o del Derecho constitucional, pero también del Derecho internacional. De conformidad con el § 7 párr. 1 n.º 7 letra a se dispone también aquí que una información falsa a sabiendas, dándose los demás presupuestos, es de igual categoría que la negativa a proporcionar información. En cada caso el dolo típico en el caso de la letra b debe referirse también a la circunstancia de que la víctima sobre cuya suerte se niega la información o sobre cuya suerte a sabiendas se dan informaciones falsas, antes ha sido secuestrada o privada de su libertad según la letra a.

Desde el punto de vista subjetivo el precepto exige junto al dolo la intención “de sustraer durante largo tiempo a la protección de la Ley” a una persona.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 8 (Causación de daños físicos o mentales graves)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra k del Estatuto de la CPI. A diferencia del Estatuto de la CPI, no se ha adoptado en el tipo la fórmula “otros actos inhumanos de carácter similar” en atención al mandato de determinación. Mediante la expresión “daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal” la modalidad típica hace suya la formulación contenida en el anterior § 220a párr.1 n.º 2 CP.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 9 (Privación de libertad)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra e del Estatuto de la CPI. La modalidad típica presupone que el autor impide a una o varias personas abandonar libremente el lugar donde se encuentran. De esta forma se abarcan las situaciones en las cuales una persona, a pesar de que no se ve privada completamente de su libertad física de movimientos, se ve limitada a un espacio determinado, por ejemplo por el internamiento en un campo. A través de la expresión “graves” se excluyen ante todo las privaciones de libertad de escasa duración.

La lesión del Derecho internacional que sirve de base al hecho convierte el supuesto de hecho en un crimen de Derecho internacional. La fórmula elegida, “reglas generales del Derecho internacional”, a diferencia del Estatuto de Roma, se remite al artículo 25 CA, abarcando así únicamente aquellas normas del Derecho consuetudinario internacional que poseen validez mundial.

Sobre el § 7 párr. 1 n.º 10 (Persecución)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra h, párr. 2 letra g del Estatuto de la CPI. La modalidad típica abarca la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales. Entre otros, han de considerarse derechos humanos fundamentales, en particular, los derechos a la vida, la salud o la libertad ambulatoria. A diferencia del Estatuto de la CPI, el crimen de persecución no presupone “conexión” alguna con otro crimen en el sentido del CPI. La exigencia de tal conexión no se corresponde con la situación del Derecho consuetudinario internacional vigente tal y como ha sido afirmado expresamente en repetidas ocasiones por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Kupreskic et al., IT-95-16-7, 14.1.2000, para. 580, Kordic y Cerkez, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, para. 193 ss.).

El autor debe actuar por motivos determinados citados en la Ley. Con la expresión “otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del Derecho internacional” el párr. 1 n.º 10 deja espacio para un desarrollo ulterior, favorable a los derechos humanos, del Derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, en la actualidad una persecución motivada por la orientación sexual como tal no puede ser considerada crimen punible contra la humanidad. Los partidarios de su inclusión expresa no pudieron imponerse durante las negociaciones del Estatuto de Roma, a pesar de las intensas discusiones. Por ello, todavía no se ha aceptado la correspondiente norma de Derecho consuetudinario internacional general, que también sería necesaria para la admisión en el CPI, en vista del principio de justicia mundial. Mientras tanto, la formulación queda abierta para el caso de que se desarrolle en el futuro la correspondiente costumbre internacional.

2. Supuestos menos graves del párr. 1

Sobre el § 7 párr. 2 (Supuestos menos graves)

Para los supuestos menos graves del párrafo 1 núms.2 a 9 el párrafo 2 prevé una sanción con un marco penal atenuado. De esta forma, los distintos casos pueden recibir soluciones adecuadas cuando la gravedad objetiva del hecho individual concreto o la culpabilidad personal —por ejemplo reducida por la presión sufrida por el autor en una estructura jerárquica o de obediencia— no justifican la aplicación del marco penal general. Puesto que en un supuesto menos grave no es imaginable una limitación esencial de derechos humanos fundamentales, no se menciona el tipo de persecución en el § 7 párr. 2.

3. Tipos cualificados

Sobre el § 7 párr. 3

(Crímenes contra la humanidad con resultado de muerte)

El § 7 párrafo 3 prevé un aumento de la pena mínima cuando mediante el hecho se ha causado de forma al menos imprudente (§ 18 CP) la muerte de una persona.

Sobre el § 7 párr. 4 (Supuestos menos graves del párrafo 3)

El § 7 párrafo 4 permite la rebaja de este marco penal aumentado en los supuestos menos graves.

Sobre el § 7 párr. 5 (Crimen de apartheid)

El precepto se basa en el artículo 7 párr. 1 letra j, párr. 2 letra h del Estatuto de la CPI. La inclusión del crimen de apartheid en el Estatuto de la CPI tenía más que nada una gran significación simbólica ante el trasfondo del régimen de apartheid de Sudáfrica, entretanto superado.

El crimen de apartheid en el CPI, a diferencia de lo que ocurre en el Estatuto de la CPI, no se configura como una modalidad típica independiente, sino como un tipo cualificado. De acuerdo con el Estatuto de la CPI, el crimen de apartheid ya puede existir cuando se han cometido “actos inhumanos de carácter similar” a los citados en el párrafo 1. Esta expresión no podía ser utilizada en consideración al principio de determinación. Por ese motivo el § 7 párr. 5 inciso 1 CPI presupone que se ha cometido un crimen típico según el párrafo 1. Coincidiendo con el Estatuto de la CPI, el tipo cualificado exige, desde el punto de vista subjetivo, la intención “de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro”.

El párrafo 5 se aplica únicamente cuando el hecho no está sancionado con pena más grave según los párrafos 1 ó 3.

En los supuestos menos graves la frase 2 prevé una pena con marco penal atenuado, siempre que el hecho no esté sancionado con pena más grave según los párrafos 2 ó 4.

Sección segunda
CRÍMENES DE GUERRA

1. Observaciones generales

La sección referida a crímenes de guerra contiene crímenes contra el Derecho internacional que han sido cometidos en relación con un conflicto armado internacional o no internacional. En primer lugar atiende a los tipos contenidos en el Estatuto de la CPI. El Proyecto incluye también, no obstante, preceptos internacionales cuya transposición por parte de la República Federal Alemana es necesaria a causa de las obligaciones internacionales, fundamentalmente los preceptos del Protocolo Adicional I. Se atiende además al Protocolo II de 1999 al Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954. Los preceptos penales del CPI exceden, sin embargo, del ámbito comprendido en el Estatuto de la CPI únicamente allí donde éste se corresponde con el estado seguro del Derecho internacional consuetudinario, tal y como se ha manifestado en la práctica estatal y en la consecuente convicción jurídica. Se atiende a la práctica internacional de los Estados durante los conflictos armados, a las correspondientes manifestaciones de los Estados, especialmente tal como se expresan en los Códigos militares, y a las declaraciones correspondientes generalmente aceptadas de los más importantes órganos de las Organizaciones internacionales.

Asimismo tienen una significación fundamental para la fijación del Derecho consuetudinario internacional en el ámbito de los crímenes de guerra los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, como codificaciones que son del Derecho consuetudinario, así como la jurisprudencia vertida hasta la actualidad por ambos Tribunales. Esta última ha contribuido de forma esencial en los últimos años a la comprobación, fijación y ulterior desarrollo de las normas consuetudinarias internacionales. El CPI está también en sintonía con la práctica de la República Federal Alemana, la cual, como se establece en la Instrucción Central de Servicio 15/2 del Ejército federal del año 1991, aplica en todas las situaciones de intervención el Derecho del conflicto armado internacional (n.º 211).

Con el apartado referido a los crímenes de guerra el CPI tiene en cuenta el desarrollo histórico de los preceptos esenciales del Derecho internacional humanita-

rio referidos a la tutela penal de los heridos que ha llevado, entre otras, a la inclusión de los preceptos sobre las llamadas “infracciones graves” en los Convenios de Ginebra (art. 49 del I Convenio de Ginebra, art. 50 del II Convenio de Ginebra, art. 129 del III Convenio de Ginebra, art. 146 del IV Convenio de Ginebra, art. 85 del Protocolo Adicional I). Ahora bien, no todas las acciones de guerra que están prohibidas según el Derecho internacional humanitario son simultáneamente punibles según el Código penal internacional, puesto que no es posible encontrar para todas las prohibiciones de Derecho internacional una tutela penal en el Derecho consuetudinario internacional. El Código penal internacional traslada únicamente el Derecho internacional consuetudinario vigente en el ámbito del Derecho penal al Derecho alemán, pero por lo demás sin pretender limitar el desarrollo del Derecho internacional humanitario.

A diferencia del orden de los tipos en el Estatuto de la CPI, la sistemática de los crímenes de guerra en el CPI se orienta según el desarrollo sustancial del Derecho internacional humanitario, que a lo largo de décadas se ha caracterizado por la distinción entre la protección de las personas y de la propiedad, por una parte (Derecho de Ginebra), y por la limitación del empleo de determinados métodos y medios de conducción de la guerra (Derecho de La Haya), por otra. De ello se deriva, conforme al mandato de determinación, un desglose básico entre los crímenes de guerra contra las personas (§ 8), contra la propiedad y otros derechos (§ 9), contra operaciones humanitarias y emblemas (§ 10), y crímenes de guerra de empleo de métodos (§ 11) y medios prohibidos de conducción de la guerra (§ 12). Contribuye además a la simplificación de la aplicación jurídica el hecho de que el Proyecto haya prescindido como principio estructural básico para la elaboración de la ley de la distinción que hace el Estatuto de la CPI entre crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y crímenes de guerra (civil) en conflictos armados no internacionales. La tendencia a la equiparación jurídica del conflicto armado internacional y no internacional no se expresa únicamente en el Estatuto de la CPI, sino ante todo también en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda. El Proyecto también hace visible esta tendencia en la configuración externa de los tipos penales de los crímenes, muchos de los cuales son aplicables tanto en los conflictos internacionales como en los conflictos no internacionales, puesto que la mayoría de los tipos penales de crímenes de guerra valen para todas las formas de conflicto armado. En tanto en cuanto la situación del Derecho internacional consuetudinario vigente no consienta el trato igual del conflicto armado internacional y

no internacional se mantiene la distinción a través de la incorporación de tipos penales especiales.

El siguiente cuadro sinóptico muestra la coordinación de los preceptos individuales del Estatuto de la CPI así como de otros preceptos con los preceptos correspondientes del CPI:

Así pues, el CPI no adopta los conceptos del Estatuto de la CPI si en lo esencial éstos se orientaban a las tareas de la Conferencia del Convenio de Roma y ya no juegan papel decisivo alguno para la transposición del Estatuto de la CPI en el futuro. De esta forma, no se adopta la distinción terminológica y fundamentada históricamente del Estatuto de la CPI entre las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra y las denominadas “otras graves violaciones”, puesto que no tiene relevancia alguna para el CPI como Ley completamente vigente aplicable en una nación. Por otra parte, los conceptos contenidos en el Estatuto de la CPI son utilizados sin aclaración separada cuando reproducen el Derecho internacional generalmente aceptado.

En parte ya por eso puede no existir punibilidad según el CPI en los casos de actos de combate legales, esto es, permitidos según el Derecho internacional, porque no encajan en un tipo correspondiente, como por ejemplo en el caso de homicidio de un combatiente enemigo durante una batalla o la destrucción de objetivos militares. Sin embargo, también puede ser improcedente en la causación de los llamados “daños colaterales”, como por ejemplo cuando en un ataque realizado con observancia de los demás preceptos de Derecho internacional humanitario, por ejemplo el principio de proporcionalidad, resulta como daño concomitante la muerte de personas protegidas o la destrucción de objetivos civiles.

2. Presupuestos objetivos comunes de los crímenes de guerra

a. Relación con un conflicto armado

El tipo objetivo de los crímenes de guerra presupone siempre la realización de uno de los hechos individuales descritos en los § 8 a 12 CPI. En estos hechos individuales se trata fundamentalmente de modalidades de conducta que ya están incluidas como tales por los preceptos penales del CP. Tales comportamientos adquieren su carácter de crímenes de guerra, y con ello de crímenes de Derecho internacional, por su comisión en relación con un conflicto armado. Sólo bajo este presupuesto se justifica su clasificación

realizada por el Preámbulo del Estatuto de la CPI entre los “crímenes más graves..., que afectan a la comunidad internacional en su conjunto”. Frente a ello, la inclusión de los hechos en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil no es necesaria en los crímenes de guerra, a diferencia de lo que sucede en los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, también los crímenes de guerra muchas veces se cometerán “como parte de un plan o de una política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (vid. el art. 8 párrafo 1 del Estatuto de la CPI).

La relación con un conflicto armado es funcional en el sentido de que permite entender que los hechos que se cometen exclusivamente “con ocasión” de un conflicto armado no están incluidos. En los crímenes de guerra de empleo de métodos y medios prohibidos de conducción de la guerra la relación con un conflicto armado es evidente. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha señalado expresamente que también existe esa relación cuando “... the crimes are committed in the aftermath of the fighting, and until the cessation of combat activities in a certain region, and are committed in furtherance or take advantage of the situation created by the fighting” (Kunarac et al., IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22.2.2001, para. 568). Esto debería tener relevancia práctica, especialmente por ejemplo en el § 8 del Proyecto. No se presupone que las conductas hayan sido realizadas en el marco temporal de un conflicto armado, esto es, durante las hostilidades armadas. En tanto rijan preceptos sustanciales de conducta del Derecho internacional humanitario, como por ejemplo los relativos al tratamiento de los prisioneros de guerra en poder de la Potencia ocupante, puede cometerse un crimen de guerra incluso cuando las hostilidades han sido interrumpidas o han terminado. En cualquier caso no es necesaria una particular proximidad espacial a las hostilidades. También pueden cometerse crímenes de guerra en territorios situados fuera de la zona de combate o detrás de las líneas enemigas. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha afirmado este principio para todo tipo de conflictos con la siguiente formulación: “... humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there” (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 70; confirmado en Delalic et al., IT-96-21-T, 16.11.1998, para. 183).

b. Conflicto armado internacional y no internacional

El CPI utiliza los conceptos “conflicto armado internacional” y “conflicto armado no internacional” para designar sus ámbitos concretos de aplicación. El Proyecto, de esta

forma, sigue la práctica generalmente aceptada y afirmada en las sentencias de los Tribunales nacionales e internacionales. Con el concepto “conflicto armado internacional” se incluye de acuerdo con el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, la guerra o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Estados. En correspondencia con el artículo 8 párrafo 2 letra f del Estatuto de la CPI, la fórmula “conflicto armado no internacional” abarca aquellos conflictos en los cuales luchan en el territorio de un Estado fuerzas armadas contra grupos armados organizados o tales grupos entre sí, siempre que las hostilidades tengan cierta duración. La ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre el conflicto armado no internacional, en comparación con el artículo 1 párrafo 1 del Protocolo Adicional II de 1977 (“Protocolo Adicional II”), que en el ínterin puede considerarse con seguridad Derecho internacional consuetudinario, se encuentra en consonancia asimismo con la jurisprudencia constante del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (vid. Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 70). Nuevamente, en consonancia con el artículo 8 párrafo 2 letra d y letra f frase 1 del Estatuto de la CPI, que por su parte reproducen el artículo 1 párrafo 2 del Protocolo Adicional II y al mismo tiempo reflejan el Derecho internacional consuetudinario vigente, las disposiciones de este párrafo no tienen aplicación en situaciones de disturbios, tensiones internas, motines, actos aislados de violencia u otros actos de carácter similar, que no deben ser catalogados como conflictos armados.

Los § 8 párr. 3, 9 párr. 2 y 11 párr. 3 rigen únicamente para el conflicto armado internacional. Todos los demás tipos de este párrafo rigen tanto para el conflicto armado internacional como para el conflicto armado no internacional.

c. Círculo de autores

Cualquiera, incluyendo una persona civil, puede ser autor de un crimen de guerra, siempre que se den todos los requisitos del tipo en concreto y exista la especial relación del hecho con el conflicto armado.

3. El tipo subjetivo de los crímenes de guerra

Desde el punto de vista subjetivo es necesario el dolo en todos los crímenes de guerra (§ 15 CP). Además están vigentes para todos los crímenes de guerra los principios generales tomados del CP, así como los especificados en el CPI (vid. la fundamentación del § 2 en la letra c).

4. Los tipos en particular

Sobre el § 8 (Crímenes de guerra contra las personas)

Sobre el § 8 párrafo 1 n.º 1 (Homicidio doloso)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (i) y párr. 2 letra c (i) del Estatuto de la CPI. Presupone que el autor ha causado la muerte de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario. En los conflictos armados son acciones típicas comprendidas en el supuesto de hecho el homicidio de prisioneros de guerra o el homicidio de civiles internados. Por el contrario, el homicidio de un enemigo que toma parte directa en las hostilidades no realiza el tipo, puesto que no se trata aquí de una persona protegida en el sentido del § 8 párr. 6. Igualmente tampoco se tiene en cuenta el homicidio de un civil en aplicación del § 8 párr. 6 tanto en un conflicto internacional como en uno no internacional de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 1, cuando el civil no se encuentra en poder del atacante. Tales homicidios de civiles debidos a “ataques a distancia” son punibles según los preceptos del Derecho de conducción de la guerra de acuerdo con los § 11, 12 o según el Derecho penal general.

Los medios de causación del homicidio carecen de importancia a efectos de la realización del tipo del § 8 párrafo 1 n.º 1. No es necesario el empleo de armas de guerra típicas.

A diferencia de lo que sucede con los prisioneros de guerra y los civiles, que como víctimas deben encontrarse en poder del enemigo en los casos del § 8 párr. 1, en el caso de otros grupos de personas que, según el § 8 párr. 6, son calificadas como “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”, como los enfermos y los heridos, los náufragos y los combatientes “hors de combat” comprendidos en el § 8 párr. 6 n.º 3, su homicidio por “ataques a distancia” es punible fundamentalmente de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 1. La punibilidad puede, no obstante, excluirse en el caso concreto cuando el homicidio de personas protegidas es consecuencia de una acción legal de guerra, por ejemplo en relación con un ataque realizado de forma acorde con el Derecho internacional contra combatientes u otros objetivos militares.

En lo que respecta a la aplicabilidad de los tipos de homicidio del Derecho penal general valen por lo demás las aclaraciones contenidas en el punto A. III.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 2 (Toma de rehenes)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (viii) y párr. 2 letra c (iii) del Estatuto de la CPI. El Estatuto no contiene ulteriores elementos típicos. El núcleo de lo injusto de la toma de rehenes consiste en que el autor secuestra a una persona protegida o se apodera de ella para obligar a la parte contraria en el conflicto armado a una determinada acción, tolerancia u omisión. En lo que respecta a las acciones de secuestro y apoderamiento puede acudir al § 239b CP. Puede lograrse una ulterior concreción del tipo especialmente acudiendo a los elementos del crimen (PCNICC/2000/1/Add.2) y a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 3 (Tratamiento cruel e inhumano)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (ii), párr. 2 letra a (iii), párr. 2 letra b (x), párr. 2 letra c (i) y párr. 2 letra e (xi) del Estatuto de la CPI, que conminan con pena la causación de daños físicos o mentales graves por medio de diversas acciones, del mismo modo que el art. 11 párr. 2 y el art. 85 párr. 4 letra c del Protocolo Adicional I. El tratamiento cruel e inhumano es citado expresamente igual que la tortura y la mutilación.

El contenido de los preceptos individuales del Estatuto de la CPI se recoge suficientemente con la penalización del tratamiento cruel e inhumano. La puesta de relieve de la tortura y mutilación se basa en la especial frecuencia, históricamente comprobada, de tales crímenes en el conflicto armado. El concepto de tortura se ha de entender en el sentido expresado en el § 7 párr. 1 n.º 5 CPI.

Si los daños físicos o mentales o el dolor son causados por una acción de guerra legal, la conducta no es punible de acuerdo con los principios generales de Derecho internacional.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 4 (Violencia sexual)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxii) y párr. 2 letra e (vi) del Estatuto de la CPI. Coincide literalmente con el § 7 párr. 1 n.º 6 CPI. Las observaciones hechas en su momento son también válidas aquí. El grupo de referencia se describe, a diferencia de lo que sucede en el § 7 párr. 1 n.º 6 CPI, como “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”. Se comprenden en el tipo en particular aquellas acciones en las cuales uno o varios autores hacen posible el empleo de violencia sexual contra las víctimas, como sucede frecuentemente en los conflictos armados, por ejemplo la coacción a la prostitución en campos o casas especialmente creados para ello. Sinem-

bargo no es punible el supuesto de que la privación de la capacidad de reproducción sea consecuencia de una acción militar legal, como por ejemplo cuando en el caso de un combatiente es el resultado de una herida de bala sufrida durante el combate.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 5 (niños soldados)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxvi) y párr. 2 letra e (vii) del Estatuto de la CPI. Ambas regulaciones del Estatuto conminan con pena tanto el alistamiento forzoso de niños y su incorporación a grupos armados como su utilización para participar en las hostilidades. El § 8 párr. 1 n.º 5 CPI, de conformidad con el Estatuto de la CPI, tiene vigencia tanto para el conflicto armado internacional como para los conflictos armados no internacionales. Se ha mantenido el límite de edad de los 15 años del Estatuto de la CPI, pues se corresponde con la edad mínima aceptada generalmente en la actualidad para las Fuerzas Armadas y grupos armados en todos los tipos de conflicto comprendidos en el CPI (vid. también UN Doc. S/2001/40 en relación con UN Doc. S/2000/1234). El Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño del año 2000 (UN Doc. A/54/Res/263) prohíbe ciertamente la participación directa de menores de 18 años en las hostilidades, sin embargo hasta hoy el nuevo precepto protector carece de fuerza obligatoria consuetudinaria general. En atención al principio de justicia mundial no podía, por ello, preverse una punibilidad más amplia.

La punibilidad de las acciones de alistamiento forzoso e incorporación presupone la existencia de un conflicto armado. Cuando el conflicto armado todavía no ha finalizado definitivamente, por ejemplo en caso de cese el fuego, el tipo todavía puede realizarse a través del reclutamiento forzoso y la incorporación durante ese período.

La utilización para participar activamente en las hostilidades comprende, junto al empleo de niños en las operaciones de combate, su utilización en acciones de apoyo. La utilización en acciones de apoyo sin precedente obligación coactiva o incorporación sólo es punible cuando la acción de apoyo supone una participación directa en las hostilidades, como por ejemplo puede suceder en el caso de transportes de munición de apoyo o destrucción de minas.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 6

(Deportación o traslado forzoso de la población civil)

El precepto se basa en las disposiciones del artículo 8 párrafo 2 letra a (vii) y párrafo 2 letra e (viii) del Estatuto de la CPI, que se resumen manteniendo su conte-

nido normativo material. Igual que en el § 7 párr. 1 n.º 4 CPI, el precepto conmina con pena las acciones de deportación contra la población civil y basta para la realización del tipo la deportación de una persona. Las aclaraciones al § 7 párr. 1 n.º 4 CPI son válidas también aquí. Así, un traslado en particular no vulnera una regla general del Derecho internacional cuando parece conveniente por razones militares apremiantes o por razones de seguridad de la población civil (vid. el art. 49 párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra).

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 7 (Sanción sin el debido procedimiento judicial)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (vi) y párr. 2 letra c (iv) del Estatuto de la CPI. Combina las diferentes acciones enumeradas en el Estatuto de la CPI consistentes en la infracción de las garantías en el procedimiento penal para el conflicto armado internacional y no internacional sin modificación material alguna. El tipo comprende toda clase de pena que se imponga en los procesos judiciales sin observar las garantías fundamentales que se han de observar también según el Derecho internacional consuetudinario, tal como fueron codificadas en el art. 75 del Protocolo Adicional I y en el art. 6 del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra. El tipo abarca únicamente la imposición de penas importantes, excluyéndose del ámbito de aplicación del precepto los casos de bagatela. Tanto la sala de justicia como el proceso llevado a cabo deben satisfacer los requisitos mínimos del Derecho internacional.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8

En los hechos descritos en el § 8 párr. 1 n.º 8 nos encontramos ante delitos de peligro, en los cuales se causa un peligro concreto de muerte o de sufrir un grave perjuicio para la salud.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra a (Experimentos médicos o de otro tipo)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (x) y párr. 2 letra e (xi) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 11 párr. 2 letra b del Protocolo Adicional I. El concepto de experimento comprende todas las formas de experimentos médicos, científicos y biológicos mencionadas explícitamente en el Estatuto de la CPI. Las acciones concretas pueden presentar formas diversas que se extienden desde la actuación inmediata sobre el cuerpo de la víctima hasta la repercusión mediata de ciertos

experimentos sobre el cuerpo. La introducción de agentes causantes de enfermedades o de veneno cae, por tanto, también dentro del tipo, igual que la investigación de las reacciones corporales frente a condiciones climáticas, por ejemplo los experimentos sobre el calor o el frío. No existe, en fin, necesidad médica cuando el tratamiento no pretende la curación ni la prevención de enfermedades, sino únicamente objetivos experimentales que no se llevan a cabo en interés de la víctima.

Los experimentos que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en interés de la víctima son punibles con carácter general, incluso si la víctima ha consentido previamente. También en el caso de experimentos con fundamentación médica o de otros experimentos en interés de la víctima únicamente el consentimiento libre y previo permite excluir la punibilidad. Con esta puntualización —que no aparece expresamente ni en el Estatuto de la CPI ni en el Protocolo Adicional I— se consigue el objetivo de dar protección amplia al derecho de autodeterminación. Se posibilitan además por principio las medidas necesarias para la conservación de la vida y la salud en interés de la víctima.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra b (Extracción de tejidos y órganos)

El precepto se basa en el artículo 11 párr. 2 letra c en relación con el párr. 1 del Protocolo Adicional I y se corresponde con el Derecho internacional consuetudinario vigente. En el CPI se prescinde de la limitación de la aplicación del precepto al conflicto internacional del Protocolo Adicional II, puesto que puede partirse de una extensión a todas las clases de conflicto de la protección de la persona que se encuentra en poder del enemigo por parte del Derecho internacional consuetudinario. Las extracciones de tejidos y órganos aquí reguladas se han de ver sólo como nada más que un caso particular de trato inhumano prohibido en general; una diferenciación no se ajustaría a la relación del § 8 párr. 1 n.º 8 letra b con la prohibición de trato inhumano de acuerdo con el § 8 párr. 1 n.º 3.

Se encuentran conminadas con pena las extracciones de tejidos y órganos con el propósito de trasplantarlos. Se excluyen los que sirven a un propósito terapéutico y la extracción de sangre o piel realizada de acuerdo con los principios médicos que haya sido consentida previa, expresa y libremente por la persona objeto de protección por el Derecho internacional humanitario. El precepto sigue el entendimiento tradicional, hoy todavía válido, del tratamiento médicamente necesario de soldados heridos, para los cuales las transfusiones de sangre y los trasplantes de piel juegan el papel

de mayor importancia para la supervivencia. Por el contrario otros órganos no tienen la misma significación para el tratamiento médico de los heridos.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 8 letra c

(Aplicación de métodos de tratamiento no reconocidos)

El precepto se basa en el artículo 11 párr. 1 inciso 2 del Protocolo Adicional I y en el ínterin vale en virtud del Derecho internacional consuetudinario tanto para el conflicto armado internacional como para el conflicto armado no internacional. Las razones de la aplicación del precepto a todas las formas de conflicto son las mismas que en el tipo penal de la extracción de órganos. El tipo no comprende los experimentos médicos y la extracción de órganos ya regulados en los subpárrafos a y b, sino cualquier otro método de tratamiento no reconocidos. Aquí se puede incluir el suministro de medicamentos no apropiados así como la causación de sobredosis de un determinado medicamento o la ejecución de una operación quirúrgica como sustitución de medicamentos no disponibles.

La aplicación de métodos de tratamiento no reconocidos médicamente a personas protegidas por el Derecho internacional humanitario no es punible únicamente cuando pueda afirmarse tanto la necesidad médica como la existencia de consentimiento previa, libre y expresamente emitido.

Sobre el § 8 párr. 1 n.º 9 (Tratamiento humillante y degradante)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxi) y párr. 2 letra c (ii) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 4 letra c del Protocolo Adicional I. Recurre a los principios desarrollados internacionalmente en protección de los individuos ante el tratamiento humillante y degradante, que en la República Federal Alemana han motivado la introducción del § 31 en el CpM. El tipo tiene gran significado práctico en el conflicto armado. A menudo, las personas que se encuentran en poder de una de las partes en el conflicto, como por ejemplo los prisioneros de guerra, se ven sometidos a tratamientos humillantes o degradantes cuando se quiere presionar a la parte contraria a realizar determinadas acciones militares como poner fin a los ataques o dar pasos diplomáticos, por ejemplo propuestas de paz. Además, en conflictos armados por motivos étnicos se utilizan las acciones humillantes o degradantes como medio de conducción de la guerra.

En principio basta cualquier forma de tratamiento humillante o degradante para realizar el tipo. Estas acciones consisten especialmente en el castigo corporal, la

exposición pública de los prisioneros u ofensas a los mismos. Sin embargo, por medio de la expresión “de forma gravemente” se excluyen del ámbito de aplicación del tipo sobre todo las ofensas que sólo presentan escasa gravedad.

Sobre el § 8 párr. 2

(Herida de las personas que se encuentran fuera de combate)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (vi) y párr. 2 letra c del Estatuto de la CPI así como en el art. 85 párr. 3 letra e del Protocolo Adicional I. Tiene importancia práctica porque los combatientes que se encuentran fuera de combate a menudo son tomados prisioneros por los soldados enemigos contra quienes han combatido durante la lucha, exponiéndose especialmente al peligro de ser heridos.

El Derecho internacional consuetudinario vigente va más allá del Estatuto de la CPI, puesto que, acudiendo al artículo 85 párr. 3 letra e del Protocolo Adicional I, también comprende aquellas situaciones en las que se encuentran las personas fuera de combate, sin que hayan dejado las armas o de cualquier otro modo o forma se hayan rendido. Por ello, también comprende el CPI aquellos supuestos en los que es evidente que la persona protegida está fuera de combate, pero a causa de su situación específica, por ejemplo, por una herida que le ha causado pérdida de conocimiento, no tenía posibilidad alguna de rendirse.

El homicidio de miembros de las Fuerzas Armadas o de combatientes que están fuera de combate ya se regula en el § 8 párr.1 n.º 1 CPI. Esto se desprende de la toma de posición en el párr. 1 en lo que respecta a las personas protegidas por el Derecho internacional humanitario, dentro de las cuales se incluyen también, según la definición contenida en el párr. 6, los miembros de las Fuerzas Armadas o los combatientes que están fuera de combate. Por tanto, se ha podido prescindir en el CPI de un precepto especial de homicidio de personas fuera de combate en correspondencia con el artículo 8 párr. 2 letra b (vi) del Estatuto de la CPI.

En caso de heridas consecuencia de acciones militares legales no existe punibilidad.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 1 (Confinamiento ilegal)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (vii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 4 letra b del Protocolo Adicional I. Es válido únicamente en el conflicto armado internacional, puesto que en lo que se refiere al conflicto armado no

internacional hasta hoy no es posible comprobar con suficiente seguridad el anclaje consuetudinario de la correspondiente prohibición penalmente reforzada.

Se han de considerar también confinamiento ilegal los casos en que ha dejado de existir la causa que justificaba el apresamiento y no se produce la puesta en libertad o en los que no se han observado las garantías procesales aplicables de comprobación de la legalidad del confinamiento.

El tenor literal del precepto va más allá del Estatuto de la CPI, en cuanto que éste no contiene alusión explícita alguna a la demora de la repatriación, sino que se limita al confinamiento ilegal. Sin embargo, la adición de la repatriación en el CPI es conveniente ya objetivamente, porque la mayoría de los casos de demora de la repatriación ya están comprendidos en el tipo básico de confinamiento ilegal. Los preceptos de los Convenios de Ginebra sobre la repatriación de civiles internados y prisioneros de guerra están además cubiertos por el Derecho internacional consuetudinario. Por tanto, es posible incluir la demora injustificada de la repatriación en el CPI para conseguir el objetivo jurídico-político de reforzar penalmente de forma completa el confinamiento ilegal.

El confinamiento ilegal puede producirse a consecuencia de ciertas medidas de organismos civiles o militares. No presupone la composición ilegal de un Tribunal. Tanto civiles como prisioneros de guerra pueden ser víctimas del hecho en cuestión. Igualmente también la demora injustificada de la repatriación puede producirse a consecuencia de muchas medidas, desde el simple mantenimiento de la detención hasta la puesta en libertad de los prisioneros en un territorio que, por su característica o su situación, dificulta el retorno a la patria o al hogar. El concepto de “persona protegida”, relevante para las dos modalidades típicas, se remite al § 8 párr. 6 n.º 1. Allí se aclara con mayor precisión que éste constituye un subgrupo de las “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 2

(Traslado de la población civil de la potencia ocupante)

El precepto, anclado en preceptos internacionales consuetudinarios, se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (viii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 4 letra a del Protocolo Adicional I y es aplicable exclusivamente en el ámbito de un conflicto armado internacional. Simplifica el tenor literal de los tipos del Estatuto de la CPI y del Protocolo Adicional I, sin cambiar su contenido material. Se adopta el tenor literal del Estatuto de la CPI en lo que respecta a la acción de “trasladar”.

Puesto que el propósito del precepto es la protección de la población civil establecida en el territorio ocupado, basta el traslado de unas pocas personas pertenecientes a la población civil de la potencia ocupante para realizar el tipo. Lo mismo ocurre en los casos en los que se produce el traslado a territorios no habitados para poner de manifiesto la situación de ocupación.

La acción de “trasladar” puede realizarse mediante acciones mediatas o inmediatas. Constituye una típica acción inmediata de traslado el establecimiento de la propia población en el territorio ocupado. Entre las acciones mediatas de traslado se han de contar, entre otras, la puesta a disposición de estímulos financieros o de otro tipo para los propios ciudadanos que se establecen en el territorio ocupado. Puesto que estas acciones están comprendidas de forma palmaria por el precepto, no era necesario repetir en el tipo la fórmula procedente del Estatuto de la CPI.

En todos los casos la acción de “trasladar” presupone una cierta duración.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 3

(Coacción para servir en las Fuerzas Armadas del enemigo)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra a (v) del Estatuto de la CPI. Es aplicable exclusivamente en el ámbito de un conflicto armado internacional. La acción consiste en la coacción para servir en las Fuerzas Armadas del enemigo. La coacción para prestar servicios a las Fuerzas Armadas, como por ejemplo, la cooperación en el transporte de armas o de otro material militar sin incorporación a las Fuerzas Armadas, no es suficiente para la realización del tipo. Con el fin de precisar el contenido del concepto de coacción se han adoptado en el tipo los medios de coacción del § 240 CP. La adopción además del elemento “antijurídicamente” del § 240 CP resultaba innecesaria, puesto que la bajeza del empleo de los medios de coacción para el presente propósito, como en el Estatuto de Roma y en los elementos del crimen, se presume generalmente. En lo que se refiere al concepto de “persona protegida” se remite, como en el caso del § 8 párr. 3 n.º 1, al § 8 párr. 6 n.º 1.

Sobre el § 8 párr. 3 n.º 4

(Coacción para tomar parte en acciones bélicas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xv) del Estatuto de la CPI. Nuevamente es sólo aplicable en el ámbito de un conflicto armado internacional. Por

“acciones bélicas” se ha de entender la participación activa en las acciones de combate, pero también acciones de apoyo que posibiliten al enemigo la conducción de la guerra. La producción de munición y la construcción de trincheras, así como el transporte de armas, se incluyen en el tipo. Por el contrario, el trabajo en la agricultura para producir alimentos para las Fuerzas Armadas no se ha de considerar participación en acciones bélicas, de acuerdo con una interpretación restrictiva. Al igual que en el § 8 párr. 3 n.º 3, también aquí el tipo se ha precisado apoyándose en el § 240 CP, lo que de nuevo hacía innecesario adoptar la cláusula de la bajeza.

El tenor literal empleado en el artículo 8 párr. 2 letra b (xv) del Estatuto de la CPI, que prevé la punibilidad “incluso cuando” los afectados ya se encontraban antes del comienzo de la guerra al servicio de los que la hacen, no resulta atendible ni es necesaria para las acciones típicas según el CPI y el Estatuto de la CPI, porque tampoco la actividad anterior al servicio de los que hacen la guerra cambiaría nada respecto de la realización del tipo y no debería suponer una justificación.

Sobre el § 8 párr. 4 (Tipos cualificados)

El § 8 párr. 4 prevé un aumento de la pena mínima cuando mediante los hechos descritos en el párr. 1 núms.2 a 6 se cause la muerte de la víctima al menos imprudentemente (§ 18 CP) o cuando en un hecho según el párr. 1 n.º 8 el peligro concreto acaba convirtiéndose en la causación de la muerte o de daños físicos o mentales graves de la víctima.

Sobre el § 8 párr. 5 (Supuestos menos graves)

El § 8 párr. 5 prevé para los supuestos menos graves del párrafo 1 núms.2 a 4 y n.º 6, del párrafo 2 y del párrafo 3 n.º 1 una sanción con un marco penal atenuado.

Sobre el § 8 párr. 6

(Personas protegidas por el Derecho internacional humanitario)

El precepto aclara el concepto de “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario”, al cual hacen referencia casi todos los tipos delictivos del § 8 párr.1. La reunión de los diferentes grupos de personas protegidas bajo este concepto único se corresponde con la sustancia general del precepto contenido en el Estatuto de la CPI en los delitos contra las personas. Es común a todas las personas allí incluidas el hecho de que no toman parte, o no directamente, en

las hostilidades, o no pueden tomar parte en ellas y por eso a ellos se extiende la especial protección del Derecho internacional humanitario. Ante todo se trata de civiles frente a combatientes o, en el caso de un conflicto armado no internacional, frente a los miembros de las Fuerzas Armadas y combatientes de la parte contraria, pero también los combatientes o luchadores dejados fuera de combate por una herida o por cualquier otra causa.

El concepto de “personas protegidas por el Derecho internacional humanitario” atiende a la situación específica de las personas afectadas, que fundamenta el respectivo estatus protector. Así, un combatiente que según el Ordenamiento jurídico nacional competente está autorizado para participar en los combates, y que como tal puede ser legalmente objeto de ataques, se convierte en una persona protegida por el Derecho internacional humanitario en el sentido del CPI cuando se encuentra fuera de combate y por tanto no debe ser objeto de ataques.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 1

En lo que respecta al conflicto armado internacional el § 8 párr. 6 n.º 1 se remite al concepto de persona protegida en el sentido de los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I. El precepto comprende así a los heridos y enfermos según el art. 13 del I Convenio de Ginebra, heridos, enfermos y náufragos según el art. 12 del II Convenio de Ginebra, prisioneros de guerra según el art. 4 del III Convenio de Ginebra y los civiles citados en el art. 4 del IV Convenio de Ginebra. Además, se incluyen en el tipo los combatientes que se encuentran en poder de la parte contraria en el sentido del art. 44 párr. 4 del Protocolo Adicional I, que debido a previas infracciones del Derecho internacional no son considerados prisioneros de guerra, así como fugitivos y apátridas en el sentido del art. 73 párr. 1 del Protocolo Adicional I.

En el concepto de personas civiles se incluyen también los miembros de misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz que no hayan participado en el conflicto al lado de una de las partes. A ello no se opone la circunstancia de que en algún caso lleven el uniforme de su Estado de pertenencia o insignias militares de una organización internacional. Así se desprende no sólo del art. 50 del Protocolo Adicional I en relación con el art. 4 apartado A párrs. 1, 2, 3 y 6 del III Convenio de Ginebra y el art. 43 del Protocolo Adicional I, sino también del art. 8 párr. 2 letra b (iii) y el art. 8 párr. 2 letra e (iii) del Estatuto de Roma, con el mismo tenor literal. Las disposiciones mencionadas

en último lugar parten expresamente de que el personal de las misiones de mantenimiento de la paz ha de ser considerado básicamente civil en el sentido del Derecho internacional humanitario. Lo contrario ocurre únicamente cuando las personas aludidas toman parte en medidas coactivas militares como miembros de las Fuerzas Armadas según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (peace-enforcement).

Puesto que se debe tratar siempre de personas protegidas en el sentido de los cuatro Convenios de Ginebra, o del Protocolo Adicional I, no se comprenden en el § 8 párr. 6 n.º 1 todos los civiles, sino, según el art. 4 del IV Convenio de Ginebra, únicamente aquellos que no pertenecen a la propia nacionalidad y desde el punto de vista del autor se encuentran en poder de la propia parte. No obstante, se ha de tener en cuenta aquí que en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ello no depende de la eventual inclusión formal según las normas sobre la nacionalidad, sino de si las víctimas han de contarse de hecho del lado enemigo (jurisprudencia constante del TPIY, afirmada recientemente en *Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26.2.2001, para. 152; siguiendo esta jurisprudencia sentencia del BGH²⁷ de 21.02.2001, 3 StR 372/00).

Mediante el empleo del concepto de “persona protegida por el Derecho internacional humanitario” en el § 8 párr. 6 se consigue en el ámbito típico una significativa delimitación entre el § 8 y especialmente el § 11, que se refiere al Derecho sobre la conducción de la guerra. Los crímenes de guerra contra las personas según el § 8 párr. 1 pueden cometerse contra civiles sólo cuando éstos se encuentran en poder del autor. Por el contrario, si los civiles perjudicados por ataques a distancia, sea por medio de ataques dirigidos, sea en la forma de daños colaterales, no se encuentran en su poder, vienen en consideración los preceptos relacionados con el Derecho de conducción de la guerra, pero también, por ejemplo, las infracciones contra el § 10 CPI así como los preceptos del Derecho penal general.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 2

El § 8 párr. 6 n.º 2 determina para el conflicto armado no internacional el ámbito de personas protegidas de forma paralela al § 8 párr. 6 n.º 1. Esto resulta evidente en el caso de heridos, enfermos y náufragos, que se enumeran de nuevo expresamente en el § 8 párr. 6 n.º 2. En el lugar de los prisioneros de guerra protegi-

²⁷ (N. de la T.) BGH es la abreviatura de Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal.

dos en el conflicto armado internacional, en el no internacional se encuentran los combatientes de la parte contraria que han caído prisioneros. Se conciben —al igual que los civiles que se encuentran en poder del enemigo— como las “personas que no toman parte directa en las hostilidades y que se encuentran en poder de la parte contraria”. Como sucede en el § 8 párr. 6 n.º 1, se incluyen aquí de esta forma también los miembros de misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz.

Sobre el § 8 párr. 6 n.º 3

El § 8 párr. 6 n.º 3 comprende dentro de las personas protegidas por el Derecho internacional humanitario tanto en el conflicto internacional como en el no internacional también a los miembros de las Fuerzas Armadas y combatientes de la parte contraria que ya no participan en los combates y se han rendido o de otra manera están indefensos y todavía no están en poder del enemigo. La necesidad objetiva se deriva aquí de que estas personas, incluso cuando han depuesto las armas, a pesar de merecer protección no reciben el estatus del § 8 párr. 6 núms. 1 y 2, puesto que ni son prisioneros de guerra ni combatientes prisioneros que se encuentran en poder de su adversario. La protección de tales combatientes “hors de combat” se adecúa al Derecho internacional consuetudinario y se encuentra en el art. 41 del Protocolo Adicional I para el conflicto armado internacional, y para el no internacional en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra así como en el art. 4 del Protocolo Adicional II.

Sobre el § 9 (Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos)

Sobre el § 9 párr. 1 (Saqueo y destrucción de bienes)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xvi), párr. 2 letra b (xiii), párr. 2 letra e (v) y párr. 2 letra e (xii) del Estatuto de la CPI. Reúne los artículos citados del Estatuto de la CPI en una única regulación porque el contenido material de los preceptos individuales presenta una estrecha conexión.

El concepto de saqueo no necesita ulteriores aclaraciones, a la vista de que el § 9 párr. 1 CPI y el § 125a inciso 2 n.º 4 CP sientan la base de la comprensión del concepto. Lo mismo vale para las acciones de destrucción, apropiación o confiscación de bienes, que igualmente deben entenderse de acuerdo con el Derecho penal general. El párrafo 1 presupone para todas las modalidades del hecho que las cosas afecta-

das por la violencia se encuentren en poder de la parte actuante. Esto se fundamenta tanto para el saqueo como para la apropiación y la confiscación ya en la descripción de la acción. Para la destrucción esta limitación significa que la destrucción de cosas de la parte contraria por ataques a distancia no realiza el tipo. Ahora bien, el ataque a distancia puede ser punible según el § 11 o según el Derecho penal general.

Sin embargo, las cosas no están en poder de la propia parte únicamente cuando la parte correspondiente del territorio ha sido ocupada en el sentido del IV Convenio de Ginebra. Es suficiente más bien el control fáctico sobre esas cosas —aun cuando sea limitado temporalmente— por parte de la parte actuante. El § 9 párr. 1 puede realizarse, por tanto, también durante combates militares ofensivos.

A diferencia del saqueo, siempre ilegal, la destrucción, la apropiación o la confiscación de bienes del adversario sólo son punibles cuando se cometen sin que ello esté indicado por exigencias del conflicto armado. Como exigencias militares en el sentido del precepto se han de considerar únicamente aquellas circunstancias que posibilitan a los que conducen la guerra la organización de los combates. Se renuncia aquí al elemento de la necesidad “imperativa” por exigencias militares, previsto en el texto del Estatuto de la CPI, puesto que no supondría un cambio o una precisión material para la prueba de la necesidad de la imposición y podría únicamente causar dificultades interpretativas. Además la caracterización de las acciones como contrarias al Derecho internacional muestra que tampoco tales destrucciones, apropiaciones y confiscaciones son punibles según el § 9 párr. 1, que ciertamente no están justificadas por exigencias militares sino que actos de guerra legales de acuerdo con el Derecho internacional.

A diferencia de los preceptos del Estatuto de la CPI sobre destrucción de bienes del art. 8 párr. 2 letra b (xiii) y art. 8 párr. 2 letra e (xii), el tipo en el CPI está delimitado por la barrera de la “gran escala”. La discrepancia que se produce respecto del tenor literal del Estatuto de la CPI se justifica porque el núcleo de protección del precepto permanece intocado y sólo se excluyen los casos de bagatela.

Sobre el § 9 párr. 2

(Abolición y suspensión de derechos y reclamaciones)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xiv) del Estatuto de la CPI. Sólo es aplicable en el conflicto armado internacional. El tipo comprende no sólo la conducción económica de la guerra, que en el pasado utilizaba para lograr sus propósitos en muchas ocasiones la abolición y suspensión de reclamaciones de los miem-

bros del enemigo. También pueden incluirse en él otro tipo de medidas discriminatorias y de limitaciones de derechos.

El CPI introduce un umbral de punibilidad no recogido expresamente en el Estatuto de la CPI, en tanto se refiere a los derechos de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte contraria. Se plasma así el propósito y fin del artículo 8 párr. 2 letra b (xiv), que —como dejaron claro los representantes de los Estados en la Conferencia Intergubernamental de Roma para la negociación del Estatuto de la CPI— atiende al procedimiento metódico o sistemático y no quiere incluir la conducta individual. En vista de la gran amplitud de las posibles variantes del hecho no se incluyen, por tanto, casos particulares de privación de derechos.

Puesto que sólo se penan medidas contrarias al Derecho internacional, las medidas de embargo que se basan en una resolución del Consejo de Seguridad según el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, entre otras, están de antemano excluidas.

Sobre el § 10

(Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas)

El § 10 sanciona con pena los ataques contra operaciones humanitarias y emblemas. La protección de las operaciones humanitarias presupone que la participación en la misión de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz tiene lugar en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas. El § 10 no tiene, sin embargo, carácter preclusivo. Por ello, en tanto que los miembros de las misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz pertenezcan a los civiles protegidos (vid. la fundamentación sobre el § 8 párr. 6) los ataques son punibles también de acuerdo con el § 8 párr. 1 o con el § 11 párr. 1.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 1

(Ataques contra misiones de ayuda humanitaria y de mantenimiento de la paz)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iii) y en el artículo 8 párr. 2 letra e (iii) del Estatuto de Roma, de idéntica redacción, los cuales han trasladado al ámbito penal la protección del personal de las misiones de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz, garantizada por el Derecho internacional consuetudinario y confirmada también en numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de las

Naciones Unidas (así, entre otros, en UN Doc S/Res/1258, 6 de agosto de 1999, y recientemente en la toma de posición del Presidente del Consejo de Seguridad de 9 de febrero de 2000 sobre la protección del personal de las Naciones Unidas y de ayuda humanitaria, UN Doc.S/PRST/2000/4).

Se incluyen básicamente todo tipo de ataques contra las misiones de ayuda humanitaria o de mantenimiento de la paz. Por ello el concepto de ataque incluye todo tipo de utilización de la violencia, independientemente del tipo de armas utilizadas. Caen dentro del ámbito de aplicación del precepto tanto los ataques contra miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados que participan en misiones de mantenimiento de la paz como los ataques contra personal auxiliar civil, siempre que les corresponda la protección que según el Derecho internacional humanitario se acuerda para los civiles y los objetos civiles. Esta protección, por ejemplo, no se da cuando las Fuerzas Armadas o el personal auxiliar civil toman parte directamente con su equipo en las hostilidades.

Los ataques contra objetos que han de considerarse objetos militares no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del precepto; en lo que respecta a esa clasificación se ha de acudir a las disposiciones vigentes según el Derecho internacional consuetudinario de los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I.

El autor en su ataque debe tener dolo en relación al especial estatus de protección de las personas y objetos incluidos en el tipo, y haber querido o previsto como seguro el éxito del ataque.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 2

(Ataques contra personas y objetos señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxiv) y párr. 2 letra e (ii) del Estatuto de la CPI, que literalmente sanciona con pena los ataques contra las personas y objetos provistos con los signos protectores de los Convenios de Ginebra. Es aplicable tanto al conflicto armado internacional como no internacional. Aun cuando falta una referencia equiparable a la del § 11 párr. 1 n.º 1 CPI a la pérdida de protección según el Derecho internacional humanitario, sólo puede existir punibilidad según este precepto y en coincidencia con el Derecho internacional consuetudinario vigente cuando se cumplan dos condiciones. En primer lugar, la marca deberá resultar de lo dispuesto en el Derecho internacio-

nal. En segundo lugar, esta protección de los objetos y personas protegidos no ha de haber desaparecido según los preceptos del Protocolo Adicional I, en cuanto que por su parte reflejan el Derecho internacional consuetudinario.

El concepto de ataque se corresponde con el del § 10 párr. 1 inciso 1 n.º 1.

Sobre el § 10 párr. 1 inciso 2 (Supuestos menos graves)

El inciso 2 prevé para los supuestos menos graves un marco penal atenuado. En particular existe un supuesto menos grave cuando el ataque no se realiza con medios militares.

Sobre el § 10 párr. 2 (Uso indebido de signos protectores reconocidos)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (vii) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 3 letra f del Protocolo Adicional I. A diferencia del Estatuto de la CPI, el CPI parte de la aplicabilidad tanto en el conflicto armado internacional como no internacional. Sin signos protectores reconocidos, que distinguen tanto al personal como a los objetos y señalan para las partes en conflicto la neutralidad de la operación, es imposible la realización de misiones humanitarias en todo tipo de conflicto. Esta relación indisoluble entre la protección del personal y de los objetos y la de los emblemas que los distinguen requiere, según la práctica estatal consolidada, la extensión del ámbito de aplicación del precepto a los conflictos no internacionales. Sin la previsión penal del uso indebido de signos protectores se dejaría sin contenido la prohibición de ataque del § 10 párr. 1 CPI en particular en las situaciones en las cuales se hace especialmente difícil distinguir entre combatientes y no participantes, debido a las circunstancias del conflicto. La comunidad de Estados, por ese motivo, no ha distinguido en sus condenas unánimes a los ataques contra misiones humanitarias entre las diferentes formas de conflicto (UN Doc. S/PRST/2000/4 de 9 de febrero de 2000 y debates en que se basa; UN Doc. A/Res52/167 de 16 de diciembre de 1997 sobre la protección del personal auxiliar humanitario). La decisión que se ha tomado para el CPI se ampara también en la Convención de 15 de diciembre de 1994 sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado (BGBl. 1997 II p. 230). Este acuerdo, aplicable a todo tipo de conflictos, protege las operaciones frente a toda acción que impida el desempeño del mandato.

Son típicas constelaciones de casos el homicidio o la herida alevosa de un adversario con uso indebido de los mencionados signos y emblemas. Por tal motivo normalmente las acciones abusivas durante un combate, como por ejemplo ametrallar a soldados opuestos desde un vehículo que porta el emblema de la Cruz Roja, constituyen el caso fundamental de aplicación del precepto. Pero también otras acciones pueden realizar el tipo. Así, por ejemplo, puede caer dentro del ámbito típico la utilización ilícita de un emblema reconocido cuyo descubrimiento por el oponente da lugar a que las personas o los objetos así señalados se conviertan fundamentalmente en objeto de ataque para evitar desventajas militares. Un ejemplo es la utilización prohibida del emblema de la Cruz Roja en transportes de munición para evitar los ataques contra éstos cuando el adversario, a consecuencia de esta conducta, dispara a transportes de heridos que están señalados con la Cruz Roja.

La acción debe siempre causar la muerte o lesión grave de una persona.

Sobre el § 11

(Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos)

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 1 (Ataques contra la población civil)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (i) y párr. 2 letra e (i) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 3 letra a del Protocolo Adicional I. Pretende penalizar el ataque a la población civil como método de conducción de la guerra. A diferencia de las acciones de homicidio y lesiones contra civiles ya contenidas en el § 8 párr. 1 CPI, el § 11 sólo afecta a aquellos ataques que se realicen con métodos militares.

El hecho de que el precepto sólo sea aplicable cuando el ataque se dirija “contra la población civil como tal” tiene importantes consecuencias en lo que respecta a los presupuestos subjetivos de la punibilidad: el autor debe actuar dirigido con relación al objeto del ataque, y debe saber además que se trata de población civil o de civiles en particular que no participan directamente en las hostilidades. En vista de la formulación típica no es suficiente, por tanto, el dolo eventual. Si el autor procede con métodos militares contra personas de las cuales no sabe si se trata de soldados enemigos o de civiles, no se realiza el tipo subjetivo. Lo mismo cabe decir cuando el autor ataque a propósito un objeto militar

y cuente con la posibilidad de que el ataque pueda matar a civiles que se encuentren en las proximidades. En este caso falta ya el “ataque contra la población civil como tal” doloso. Sin embargo, si el autor infringe el deber que según el Derecho internacional humanitario existe de distinguir entre objetivos militares y objetos civiles (vid. por ejemplo el art. 57 párr. 2 letra a (ii) del Protocolo Adicional I) comete una acción de guerra contraria al Derecho internacional. El homicidio de civiles, no obstante, no es punible según el CPI, pero puede ser punible de acuerdo con el Derecho alemán (§ 211 ss. CP) en tanto en cuanto según los § 3-7 CP sea aplicable el Derecho penal alemán.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 2 (Ataques contra objetos civiles)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (ii), párr. 2 letra b (v), párr. 2 letra b (ix) y párr. 2 letra e (iv) del Estatuto de la CPI, así como en el artículo 85 párr. 4 letra d del Protocolo Adicional I de 1977. El Estatuto de la CPI sanciona con pena los ataques dirigidos contra objetos individualmente mencionados, como por ejemplo iglesias, en todo tipo de conflictos, mientras que los ataques contra objetos “civiles” como tales (vid. el artículo 52 párr. 1 del Protocolo Adicional I) y contra otros objetos especialmente mencionados, como ciudades indefensas, son punibles según el Estatuto únicamente en el conflicto armado internacional. Esta diferenciación del Estatuto, históricamente fundamentada y complicada, que se basa en los diferentes preceptos protectores de objetos en particular, se abandona en el CPI.

El CPI resume los preceptos que aparecen en diferentes lugares del Estatuto y castiga con pena los hechos tanto en caso de conflicto armado internacional como no internacional. Esta reunión bajo el supraconcepto de ataque contra objetos civiles se adecua a la situación jurídica actual según el Derecho internacional consuetudinario, que se ha expresado en la jurisprudencia más reciente de los Tribunales internacionales así como en las declaraciones de la comunidad de Estados y que enlaza en todo tipo de conflictos la protección de la población civil con la protección de los objetos civiles (UN Doc. S/RES/1265 de 17 de septiembre de 1999 sobre la protección de la población civil en conflictos armados; Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 521).

Esta jurisprudencia permite considerar todos los objetos mencionados en el Estatuto como objetos civiles penalmente protegidos, en tanto estén protegidos por el Derecho internacional humanitario. Para decidir en qué casos decae esta protección y un objeto citado es un objetivo militar permitido puede acudir a la defini-

ción del artículo 52 del Protocolo Adicional I, vigente según la costumbre internacional. Esta se completa con otros presupuestos establecidos por el Derecho internacional consuetudinario. Así, los hospitales civiles sólo pueden ser atacados, según el artículo 19 del IV Convenio de Ginebra, si también se utilizan para llevar a cabo hostilidades, cuando se ha dado un aviso preventivo y un plazo para cambiar de actitud.

El precepto toma en consideración, en la redacción actual, también el artículo 15 del Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales de 1954, en su núcleo vigente como Derecho internacional consuetudinario que prevé la punibilidad de los ataques contra bienes culturales en general y contra los así llamados “bienes culturales de protección reforzada”.

En lo que respecta a los presupuestos subjetivos son válidas las consideraciones realizadas sobre el § 11 párr. 1 n.º 1 CPI. También en el n.º 2 el autor debe dirigir el ataque contra objetos civiles protegidos; esto significa que debe saber con seguridad (y no basta que cuente con la posibilidad de) que en el caso de edificios, etc. no se trata de objetos militares, sino de objetos civiles protegidos, y debe querer alcanzarlos con seguridad.

La reducción de la amenaza penal prevista en el párrafo 1 inciso 2 para los supuestos menos graves permite sancionar adecuadamente los casos en que el daño causado no es importante y no se esperan daños duraderos.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 3

(Ataques que causan daños civiles desproporcionados)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iv) del Estatuto de la CPI y en el artículo 85 párr. 3 letras b y c del Protocolo Adicional I. La aplicación del precepto al conflicto armado no internacional, no prevista en el Estatuto de la CPI, se fundamenta en el Derecho consuetudinario vigente, que sanciona también los daños desproporcionados en el conflicto armado no internacional. Tanto la Corte Internacional en su decisión sobre el empleo y la amenaza de empleo de armas nucleares (ICJ Rep. 1986, nm.30-33) como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en la sentencia Kupreskic (Kupreskic et al., IT-95-16-T, 14.1.2000, para. 524), han constatado la validez consuetudinaria del principio de proporcionalidad sin distinguir entre determinados tipos de conflicto. La comunidad de Estados, en numerosos documentos sobre la utilización de la violencia en ciertos conflictos internos o interestatales, ha condenado con diferentes formulaciones la utilización despropor-

cionada de violencia (informe del Secretario General sobre Kosovo, UN Doc. S/1998/912; UN Doc. S/Res./1173, de 12 de junio de 1998, Angola; UN Doc. S/Res./1322, de 7 de octubre de 2000, Oriente Medio).

El precepto no concreta la desproporcionalidad por medio de elementos típicos especiales. Para su interpretación, no obstante, se ha de atender también al artículo 57 del Protocolo Adicional I. Estos criterios de ponderación, desarrollados entre tanto como Derecho consuetudinario, son válidos para todos los daños mencionados.

El autor debe realizar un ataque con medios militares. El tipo penaliza el ataque indiscriminado, prohibido según el artículo 51 del Protocolo Adicional I, pero que sólo es punible de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario cuando supone la causación de muertes o lesiones de civiles o de un daño desproporcionado a objetos civiles (vid. artículo 85 párr. 3 letra b del Protocolo Adicional I).

Como se desprende del elemento del “ataque”, se requiere en el aspecto subjetivo dolo directo, y ello desde dos puntos de vista: el autor debe querer atacar un objetivo y así “esperar como seguro” que mediante este ataque causa “daños colaterales” desproporcionados. En ello se puede deducir el conocimiento del autor, aun cuando éste lo niegue, en buena medida de su información general sobre la situación espacial en el momento del ataque, por ejemplo cuando le era conocido que el objetivo militar atacado se encontraba en una zona habitada.

A la vista de la circunstancia de que los daños esperados sean “desproporcionados” en relación con la ventaja militar esperada, es suficiente para el dolo el conocimiento de los hechos relevantes que fundamentan esta desproporción. El mero hecho de que el autor valore incorrectamente la relación entre los bienes afectados no excluye el dolo por principio. El tratamiento que se ha de dar es el de las reglas generales sobre el error.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 4

(Utilización de personas como escudos humanos)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxiii) del Estatuto de la CPI. Alude a todos los grupos de personas citados en el § 8 párr. 6 CPI, reflejando así la situación del Derecho penal internacional, que sanciona con pena la utilización abusiva de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra, como por ejemplo la de los prisioneros de guerra como escudos humanos. En vista del desarrollo del Derecho consuetudinario confirmado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia,

el cual pretende proteger de forma amplia a los civiles en todo tipo de conflictos, y en vista de la práctica estatal mundialmente extendida, que también considera como infracción del Derecho internacional que se ha de sancionar la utilización abusiva de civiles como escudos humanos en un conflicto armado no internacional, es necesaria también la inclusión de los conflictos no internacionales en el ámbito de aplicación del precepto. Una diferenciación objetiva carecería de justificación en lo que respecta a la problemática de los escudos humanos en el conflicto armado no internacional y negaría el desarrollo reciente del Derecho penal internacional.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 5 (Inanición de la población civil)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xxv) del Estatuto de la CPI. Es aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto. La relación material de este precepto con otros tipos del CPI exige esta ampliación del ámbito de aplicación. En general los ataques a civiles y objetos civiles en correspondencia con el Derecho internacional consuetudinario son sancionados penalmente, según el CPI, para todo tipo de conflictos. La inanición de la población civil tiene el mismo efecto que los ataques directos contra la población civil y objetos civiles. Sin embargo, también es necesaria una extensión del ámbito de aplicación al conflicto no internacional porque el CPI, igual que el Estatuto de la CPI, sanciona con pena el trato inhumano de personas sin diferenciar por el tipo de conflicto.

La regulación aquí recogida coincide con el más reciente Derecho internacional consuetudinario, tal y como se expresa en numerosos documentos de las Naciones Unidas y especialmente en las declaraciones de la comunidad de Estados para posibilitar el acceso de la población civil al suministro de ayuda en conflictos no internacionales (UN Doc. S/RES/1265 de 17 de septiembre de 1999 en protección de la población civil en conflictos armados; UN Doc. A/RES/54/182, de 17 de diciembre de 1999, Sudán; UN Doc. A/RES/54/179, de 17 de diciembre de 1999, Congo; UN Doc. A/RES/54/185, de 17 de diciembre de 1999, Afganistán).

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 6 (Guerra sin cuartel)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xii) y párr. 2 letra e (x) del Estatuto de la CPI. Pena una conducción del combate que prevé matar al adversario a toda costa y no hacer prisioneros, y por ello se aplica ya en caso de amenaza u orden de tal conducción del combate.

El concepto de “superior” como elemento típico ha sido añadido recurriendo a la definición de los “elementos del crimen” en el Estatuto de Roma, para aclarar que para realizar el tipo es necesario un cierto poder de mando, sin el cual tal orden o amenaza carece de credibilidad y que supone también la prueba de un empleo metódico (PCNICC/2000/1/add.2). Por las mismas razones, para una mayor precisión, se ha reemplazado el concepto utilizado en el Estatuto de la CPI, “declaración”, por “orden o amenaza” en el CPI. Esto concuerda con la razón penal subyacente, que no consiste en la no concesión de cuartel en un caso concreto, sino en el empleo sistemático de esta forma particularmente desconsiderada de conducción del combate.

Sobre el § 11 párr. 1 n.º 7 (homicidio o lesión a traición)

El precepto se basa en el art. 8 párr. 2 letra b (xi) y párr. 2 letra e (ix) del Estatuto de la CPI. El homicidio o la lesión alevosa de combatientes enemigos se considera crimen de guerra desde la aprobación del art. 23 letra b del Reglamento de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 (RGBl. 1910, 132²⁸). El concepto de conducta “a traición”, utilizado y aceptado generalmente desde 1907, presupone, a diferencia del elemento de la alevosía en el § 211 párr. 2 CP (vid. BGHSt 30, 105, 115 s.), el aprovechamiento de una confianza obtenida subrepticamente por medio de acciones específicas, por ejemplo la simulación del estatus de civil o el fingimiento de una lesión.

El fundamento de la incriminación penal no es el homicidio o la lesión del adversario como tales, sino la forma traicionera de cometerlos. De esta forma, el homicidio o la lesión del combatiente o luchador contrario, en sí mismos permitidos por el Derecho internacional, se convierten en punibles, por tanto, cuando son consecuencia de la lesión de la confianza en la protección concedida por el Derecho internacional humanitario. De la actuación traicionera se deriva además el peligro de que en la sucesiva conducción del combate no se respeten con carácter general las normas de protección del Derecho internacional humanitario. Por ejemplo, si el autor simula ser un civil, y mata con ayuda de esta artimaña a un combatiente enemigo, es de temer que los combatientes de la parte opuesta en adelante también matarán civiles —en contra del Derecho internacional humanitario—, puesto que contarán con que también se trate de soldados

²⁸ (N. de la T.) RGBl. es la abreviatura de *Reichsgesetzblatt*, es decir, el Boletín Oficial del Imperio.

camuflados. Esta ratio de la prohibición de homicidio o lesión a traición justifica la colocación del delito como método prohibido de conducción de la guerra y no como crimen de guerra contra las personas; además explica que la sanción penal del homicidio a traición sea inferior a la de los delitos de homicidio regulados en el § 8 párr. 1 n.º 1 CPI y en el § 211 CP.

El precepto incluye el homicidio a traición de miembros de las Fuerzas Armadas contrarias en el conflicto internacional, así como de combatientes en el conflicto no internacional. La expresión “combatiente de la parte adversa” describe el estatus de los combatientes de la parte no estatal en la guerra civil de forma más precisa en el Derecho internacional consuetudinario que en la traducción alemana del Estatuto de la CPI, puesto que el concepto que allí se emplea, “combatiente enemigo”, no existe en el conflicto armado no internacional.

Sobre el § 11 párr. 2 (Tipos cualificados)

El § 11 párr. 2 prevé un aumento de la pena mínima cuando se cause la muerte de un civil o persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 núms.1 a 6 o una lesión grave a tal persona en el sentido del § 226 CP. Si la especial consecuencia del hecho se realiza en un civil, carece de importancia para la cualificación por el resultado —a diferencia de lo que ocurre en el § 8 párr. 6— que la persona afectada se encuentre fuera de la vista del autor en poder de la propia parte.

El marco penal vuelve a aumentar cuando el autor causa dolosamente la muerte.

Sobre el § 11 párr. 3

(Daños medioambientales en conflictos armados internacionales)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (iv) del Estatuto de la CPI. Abarca los ataques militares que perjudiquen el medio ambiente de forma extensa, tratándose de un daño que no guarda proporción con la ventaja militar esperada que el tipo especifica más concretamente. En la aplicación práctica el precepto sólo convierte en punibles aquellas acciones que al menos causan la contaminación regional del medio ambiente y que además son manifiestamente desproporcionadas con la ventaja militar conseguida.

Todavía no se tiene en cuenta en el presente una ampliación del precepto al conflicto armado no internacional, puesto que hasta el momento no puede probarse

con suficiente seguridad la existencia de dicha norma de Derecho internacional consuetudinario.

Sobre el § 12 (Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra)

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 1 (Utilización de veneno o armas venenosas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xvii) del Estatuto de la CPI. Rige, tras hacer extensivo su ámbito de aplicación al conflicto armado no internacional, para todos los tipos de conflicto mencionados en el Estatuto de la CPI. La utilización de veneno se considera una infracción grave del Derecho internacional humanitario desde el Reglamento de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

El texto del Reglamento de La Haya sobre la Guerra Terrestre fue trasladado literalmente por la Conferencia Intergubernamental de Roma al Estatuto de la CPI. Los especiales condicionamientos políticos de la Conferencia evitaron la extensión del precepto, exigida por el Derecho internacional consuetudinario, a todos los tipos de conflicto en el texto del Estatuto. Tal extensión se corresponde, sin embargo, con la situación jurídica vigente, que tiene en cuenta el gran peligro que también supone para la población civil el empleo de veneno en el conflicto no internacional. Asimismo el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia recoge en su artículo 3 un tipo penal de empleo de veneno. La Sala de Apelación del Tribunal Penal ha observado en la determinación de la competencia del caso Tadic, interpretando el artículo 3 a la luz del principio generalmente reconocido, que las armas cuyo empleo esté prohibido en el conflicto internacional no pueden usarse en ninguna circunstancia (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 119).

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 2 (Utilización de armas biológicas o químicas)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xviii) del Estatuto de la CPI. A diferencia de la regulación del Estatuto de la CPI, rige tanto para el conflicto armado internacional como para el no internacional. También esta extensión está asegurada por el Derecho internacional consuetudinario y por las disposiciones convencionales vigentes para la República Federal Alemana sobre el empleo de armas biológicas y químicas. Aunque convencionalmente se prohíbe el empleo tanto de armas biológicas como de armas

químicas en todo tipo de conflictos (Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas de 10.4.1972, BGBl. 1983 II p. 132; Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas químicas de 13.1.1993, BGBl. 1994 II p. 806). El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha constatado en el proceso Tadic, tomando en consideración la práctica estatal, que la prohibición del empleo de armas químicas también rige en los conflictos armados no internacionales (Tadic, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, para. 124).

El tenor literal del precepto ha sido ajustado sin cambios de contenido a los preceptos internacionales mencionados supra vigentes para la República Federal Alemana, en los que se atiende al empleo de armas biológicas o químicas. No es necesaria una ulterior concreción de estos conceptos, puesto que el Derecho alemán contiene tales aclaraciones en la Ley estatal de actuación de la Convención sobre Armas Químicas (vid. supra). La conminación penal en el CPI es también, por tanto, necesaria porque es cierto que el § 17 de la Ley de ejecución de la Convención sobre Armas Químicas (CWÜAG, BGBl. 1994 I p. 1954) y el § 20 de la Ley de ejecución del artículo 26 párr. 2 de la Constitución (Ley sobre control de las armas de guerra, BGBl. 1990 I p. 2506) por su lado penan diferentes formas de conducta que se extienden desde la producción hasta la exportación, pero que no abarcan el empleo de tales armas. A mayor abundamiento, es cierto que el § 17 CWÜAG es aplicable a los hechos cometidos en el extranjero por alemanes, sin embargo no rige el principio de justicia mundial —que está previsto para los hechos según el CPI.

Sobre el § 12 párr. 1 n.º 3

(Utilización de las denominadas balas dum-dum)

El precepto se basa en el artículo 8 párr. 2 letra b (xix) del Estatuto de la CPI. A pesar de la ausencia de una referencia en el Estatuto al conflicto armado no internacional, el CPI parte de la aplicabilidad tanto al conflicto armado internacional como al no internacional. El precepto prohibitivo vigente y generalmente aceptado desde la II Declaración de La Haya de 1899 es aplicable entretanto también como Derecho consuetudinario al conflicto no internacional en su ampliación de Derecho penal correspondiente a los preceptos sobre el empleo de armas químicas y biológicas.

El CPI no contiene otros tipos sobre empleo de otras armas convencionales. No obstante, en lo referente a las minas antipersona y armas láser existe una lista de

prescripciones prohibitivas convencionales válidas también para la República Federal Alemana, como por ejemplo la prohibición general de las minas terrestres antipersona de la Convención de Ottawa del año 1997 (BGBl. 1998 II p. 778). Para una sanción penal de las prescripciones prohibitivas falta, sin embargo, hasta hoy, la aceptación general de la comunidad de Estados, de manera que por el momento se excluye su inclusión en el CPI. Si tales normas prohibitivas deben recibir una sanción penal en el ámbito convencional o consuetudinario, el futuro legislador tendrá que probarlo, dado el caso, antes de su admisión en el CPI.

Sobre el § 12 párr. 2

El § 12 párr. 2 prevé —al igual que el § 11 párr. 2— una elevación de la pena mínima cuando mediante el hecho descrito en el párrafo 1 se cause la muerte de un civil o de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, así como la lesión grave de tal persona en el sentido del § 226 CP. Si el autor causa la muerte dolosamente, el marco penal se eleva de nuevo.

Sección tercera

OTROS DELITOS

Sobre el § 13 (Infracción del deber de vigilancia)

Mientras que el § 4, en consonancia con el modelo del § 357 CP, establece una responsabilidad del superior en grado de autoría para el caso de que éste supiese de la inminencia de un hecho por un subordinado, el § 13 regula de forma independiente el delito de infracción del deber de vigilancia y comprende así los casos abordados en el artículo 28 del Estatuto de la CPI que da el mismo peso a los supuestos dolosos que a la mera no evitación imprudente de los delitos de los subordinados. En relación con el § 130 de la Ley sobre contravenciones²⁹ y con el § 41 del CpM, la punibilidad de la infracción, de peligro abstracto, del deber de vigilancia cometida dolosa o imprudentemente —conminada con una pena atenuada en el párrafo 4, 2º inciso— se anuda a la consecuencia definida de forma meramente objetiva de que un subordinado cometa un hecho punible previsible y evitable por el superior. Esta

²⁹ (N. de la T.) OWiG, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.

solución se adecua al principio de culpabilidad y justifica la pena aquí prevista. Por el contrario, debido al principio de justicia mundial recogido en el § 1 no basta si con la vigilancia pertinente el hecho únicamente hubiera podido dificultarse de forma sensible.

En caso de superiores civiles el párrafo 2 exige, de acuerdo con la diferenciación prevista en el artículo 28 letra b (i) del Estatuto de la CPI, que sea particularmente evidente la previsibilidad de la comisión del hecho punible.

Sobre el § 14 (Omisión de la comunicación de un delito)

Según el artículo 28 letra a (ii) del Estatuto de la CPI la omisión de denuncia de un hecho cometido por un subordinado equivale a la comisión del hecho como autor. No parece que se trate de una regulación claramente convincente ni dogmáticamente aceptable según el Derecho alemán. Este precepto también tiene bastante en cuenta la intención objetiva de imponer al superior la obligación de comunicar los hechos que él sabe han sido cometidos por sus subordinados. Tal obligación, que en vista del artículo 28 del Estatuto de la CPI tiene fundamento consuetudinario internacional, tiene preferencia frente al deber jurídico de guardar silencio de funcionarios y de soldados (vid. el § 61 párr. 2 de la Ley Federal de los Funcionarios³⁰, § 14 párr. 2 del Código Social³¹; el superior puede estar internamente obligado, sin embargo, a presentar la comunicación siguiendo el trámite reglamentario prescrito. Además se exige la comunicación “sin demora”, no la “inmediata”. No obstante, las eventuales demoras de la comunicación que se deben a obstáculos fácticos o a necesidades militares no realizan todavía el tipo.

Según el § 14 la punibilidad se fundamenta en que la inactividad del superior crea (o aumenta) el peligro abstracto de que el subordinado responsable quede sin castigo. En vista del contenido de injusto, que es muy similar al del encubrimiento personal y al del encubrimiento personal en la Administración (§ 258, 258a CP) y que supera claramente al de la cooperación omisiva en los procesos penales según el § 40 CpM, parece adecuado el límite penal máximo de cinco años de prisión de libertad.

³⁰ (N. de la T.) BBG, Bundesbeamtengesetz.

³¹ (N. de la T.) SG, Sozialgesetzbuch.

ANEXO 3

Texto § 153f Ordenanza Procesal Penal Alemana (Strafprozessordnung) que complementa el § 1 VStGB (principio de jurisdicción universal)

“§ 153 f

(1) La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible bajo los § 7 a 15 del Código penal internacional en los casos del art. 153 párrafo 1 n.º 1 y 2 cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n.º 1 el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho.

(2) La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los § 7 a 15 del Código penal internacional en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n.ºs 1 y 2 cuando

1. cuando no exista ninguna sospecha contra un alemán,
2. el hecho no fue cometido contra un alemán,
3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y
4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho , cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los presupuestos previstos en el párrafo 1 n.ºs 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

(3) Si en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se hubiese formulado la acusación pública la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso.”

ANEXO 4

Exposición de motivos referente al § 153f OPP

General

El nuevo § 153 f OPP flanquea el principio de justicia mundial fijado en el § 1 CPI en el Derecho procesal. Limita la facultad de ordinario discrecional del Ministerio Fiscal respecto de los hechos cometidos en el extranjero en lo que respecta a aquellos hechos cometidos en el extranjero que caen en la órbita del CPI y estructura el empleo de esa facultad discrecional en dos direcciones: para los casos conectados con el territorio nacional se deriva del § 153f OPP una obligación de perseguir por principio (principio de legalidad) para evitar la impunidad de los crímenes internacionales; por otra parte, los órganos alemanes de persecución penal, sin embargo, no deben emplear su posibilidad de persecución en caso de que se den ciertas constelaciones de hechos, dando preferencia a los órganos extranjeros o internacionales de persecución penal. En conjunto, el legislador descarga al Ministerio Fiscal por medio de las disposiciones concretas del § 153 f en cierta medida de la decisión a veces políticamente sensible acerca de si debe proceder a la persecución penal de un crimen internacional cometido en el extranjero. El esfuerzo de instrucción que supondrían los procesos individuales experimenta por consiguiente un importante correctivo con el § 153 f, con el que se puede prevenir el peligro de que se produzca una sobrecarga de los recursos alemanes destinados a la instrucción —sólo realmente en relación con los cambios previstos de la CA y la LTC³² (vid. la fundamentación en A.IV).

³² (N. de la T.) Las siglas en alemán son GVG y corresponden a Gerichtsverfassungsgesetz, (Ley del Tribunal Constitucional).

En particular, el § 153f OPP se basa en las siguientes ideas: Básicamente, a la luz del § 1 CPI, se ha de partir de que respecto de todos los hechos punibles contenidos en el CPI, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad de los partícipes, es competente la justicia alemana y el Ministerio Fiscal está obligado a intervenir judicialmente por el principio de legalidad. Puesto que se trata ante todo de evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales por medio de la solidaridad internacional en la persecución penal, el deber de investigar y perseguir no se limita a los hechos que muestran un punto de conexión con Alemania; también cuando éste no existe pueden mostrarse valiosos los resultados de las investigaciones realizadas en un primer momento en Alemania para un proceso seguido en el extranjero o ante un Tribunal penal internacional. Por otro lado, debe evitarse una sobrecarga de los recursos alemanes destinados a la instrucción en casos que no muestran ninguna conexión con Alemania y en los cuales el inicio de investigaciones por las autoridades alemanas tampoco promete un resultado aclaratorio digno de consideración. Además, se ha de tener en cuenta que incluso en los casos que caen bajo la órbita del principio de justicia mundial existe una prioridad escalonada en la competencia: en primer lugar han de perseguir el Estado del lugar de comisión y el Estado del cual son nacionales el autor o la víctima, así como un Tribunal internacional competente; la competencia de terceros Estados (en sí existente) ha de considerarse como una competencia de recogida, para evitar la impunidad, pero que por lo demás no debe desplazar de manera inadecuada a la jurisdicción competente en primer lugar. Corresponde la primacía al Estado del lugar de comisión y al Estado del cual son nacionales el autor o la víctima a causa de su especial interés en la persecución penal y a causa de la mayor cercanía a los medios de prueba que normalmente se da; y un Tribunal penal internacional que está dispuesto a ocuparse del caso puede poner mejor de relieve el pensamiento de la solidaridad internacional y dispone normalmente de posibilidades más amplias de obtener pruebas por medio de la cooperación penal (vertical). En tanto en cuanto la prioridad de la persecución penal también sea reconocida por la CPI, lo dispuesto no está en contradicción con el principio de subsidiariedad del art. 17 del Estatuto de la CPI. Por tanto, no puede entenderse éste en el sentido de que también el Estado que en el caso concreto ha alegado para perseguir penalmente sólo el principio de justicia mundial pueda, estimulado para ello, imponer esta competencia frente a la CPI.

Las consideraciones realizadas justifican las limitaciones matizadas del deber de perseguir. Se contemplan además otras limitaciones:

Sobre el § 153.f párr. 1

En tanto un extranjero imputado por un hecho cometido en el extranjero no se encuentre en el territorio nacional ni sea de esperar tal presencia, la persecución penal en Alemania a menudo será poco prometedora. Por ello, el párrafo 1 inciso 1 deja en este caso básicamente a discreción del Ministerio fiscal proceder a la persecución en tanto sea posible —según las circunstancias también considerando una comisión rogatoria que puede esperarse todavía más tarde— o abstenerse de perseguir. Aquí, existe estancia en el territorio nacional siempre que el imputado se encuentra en Alemania —incluso fugazmente—. La presencia de paso es suficiente. El imputado sólo debe quedarse en Alemania el tiempo que sea necesario para su captura. No es importante que la presencia en Alemania sea voluntaria o no.

Si un sospechoso de este tipo, que no se encuentra en territorio nacional y del que no se espera que realice una estancia en el territorio, es alemán, surge una responsabilidad especial de la República Federal Alemana por los crímenes internacionales de sus ciudadanos en orden a pedir la extradición del sospechoso y conducir la persecución aquí. Sin embargo, pueden existir buenas razones para dejar el enjuiciamiento a un Tribunal internacional o, por ejemplo, al Estado del lugar de comisión del hecho. Por ello, el Ministerio Fiscal también dispone a su discreción en tanto en cuanto la persecución del hecho ya se ha iniciado por una jurisdicción preferencialmente competente (párrafo 1 inciso 2). Del propósito de esta regulación se deriva que cualquier otra persecución penal en el extranjero que se lleve a cabo por mera apariencia o sin voluntad seria de perseguir, con el fin de poner a salvo al culpable frente a cualquier otra persecución penal, no puede justificar la abstención de perseguir según el § 153 f OPP.

Sobre el § 153.f párr. 2

Cuando el hecho no muestre ninguna relación con Alemania, no se encuentre en el territorio nacional ningún sospechoso y además un Tribunal penal internacional o un Estado directamente afectado y por tanto con competencia preferente ha asumido la persecución del hecho —en el ámbito de un procedimiento judicial—, según el principio de subsidiariedad normalmente se ha de prescindir de una persecución penal en Alemania (párrafo 2 inciso 1). En situaciones excepcionales (cuando por ejemplo se ha de temer que la persecución iniciada en el Estado del lugar de comisión del hecho se frustre por motivos políticos y se encuentran en Alemania testigos importantes), sin embargo,

debería mantenerse también en este caso la posibilidad de la persecución penal interna. Igual que ocurre en el párrafo 1, no es suficiente una persecución de cualquier otro modo “aparente”. Tras esta regulación relativamente estricta —aparte de en los casos del párrafo 1— permanece intacto el principio de legalidad, en tanto falte sólo la conexión del caso con el territorio nacional o sólo se haya iniciado la persecución en el extranjero. Esto también parece justificado: si el hecho no muestra ninguna conexión con el territorio nacional, pero todavía ninguna jurisdicción con competencia preferente ha empezado la instrucción, el principio de legalidad en relación con el principio de justicia mundial exige que los órganos alemanes de persecución penal en cualquier caso emprendan los esfuerzos investigadores que les sean posibles para preparar una ulterior persecución penal (sea en Alemania o en el extranjero). Por otra parte, cuando un Estado extranjero o un Tribunal penal internacional ya instruye el asunto, pero existe una conexión de Alemania con el hecho, los sospechosos o la víctima, las autoridades alemanas deberían, ya por motivos de solidaridad mundial y con independencia de una concreta comisión rogatoria, deberían aprovechar las evidentes posibilidades de investigación a causa del punto de conexión con Alemania para apoyar el proceso extranjero con todos los medios a su alcance y estar dispuestas asimismo a una posible ulterior asunción del caso por Alemania.

Cuando la persecución sea asumida por una jurisdicción preferente internacional o extranjera y un sospechoso extranjero se encuentre en Alemania, normalmente su extradición o entrega a la jurisdicción que se ocupa de la persecución tiene prioridad frente al interés alemán subsidiario en la persecución penal. No obstante, esto únicamente puede ser válido cuando la extradición del afectado es admisible y de hecho se ha proyectado. Este caso está recogido en el párr. 2 inciso 2, de manera que también en estos supuestos “se debe” prescindir de una persecución penal interna.

Sobre el § 153f párr. 3

El párrafo 3 del precepto prevé, en caso de que en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se haya presentado acusación pública, que el Ministerio Fiscal tenga la posibilidad de retirarla y suspender el proceso.

E. Sobre el artículo 4 - Modificación de la Ley del Tribunal Constitucional

El artículo 4 se refiere al cambio que es consecuencia necesaria de la asunción del tipo del genocidio en el CPI.

Los autores

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Penal Europeo e Internacional en la Universidad Georg August de Gotinga (Alemania). Responsable de las áreas Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Es autor de varias publicaciones en el campo del derecho penal, derecho procesal penal, derecho penal internacional y criminología. Especialmente son de destacar *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Iuscrim, Friburgo, 1997 (traducido al castellano: *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, Argentina*, Biblioteca Jurídica, Medellín, 1997), y *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken (Alemania). Autor del libro, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum 'effizienten' Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, publicado en el 2004 en Alemania por la editorial Nomos. Es profesor de Derecho Penal General y Teoría del Derecho en la Universidad Javeriana de Bogotá, ha sido becario de la Fundación Konrad Adenauer, profesor invitado al Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo y a diversas universidades de América Latina y Europa. Se desempeña actualmente como consultor del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia para la implementación del sistema penal acusatorio y como consultor de agencias internacionales.

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI I. BADARÓ. Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal. Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para Implementação do Estatuto de Roma.

DINO CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

PABLO GALAIN PALERMO. Egresado en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Doctorando en Derecho Penal Europeo por la Universidad de Salamanca (España). Profesor adscripto en Derecho Penal en la Universidad Católica y aspirante a profesor adscripto en Derecho Penal en la Universidad de la República (Uruguay). Colaborador científico en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania). Becario del Instituto Max Planck (2003) y del DAAD, Servicio Alemán de Intercambio Académico (2004). Ha colaborado en publicaciones en el ámbito del derecho penal y procesal penal.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en derecho. Doctor honoris causa. Catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Abogado de la Universidad de Los Andes (Colombia). Asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas —organización internacional privada sin fines de lucro—. Trabaja en la región andina en favor del Estado de derecho y de los principios y valores de la democracia en función de la vigencia de los derechos humanos y el desarrollo.

PAUL HERNÁNDEZ BALMACEDA. Juez de Juicio y Apelaciones Penales (Poder Judicial, Costa Rica). Bachiller, licenciado en Derecho y notario público (Universidad de Costa Rica). Especialista en derecho constitucional y ciencias políticas (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Especialista en derechos humanos (Universidad Complutense de Madrid). Doctorando en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, Madrid).

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSU. Advogado. Mestre e Doutor em Direito Público. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Secretário Geral Adjunto da Associação Internationale de Droit Pénal.

EZEQUIEL MALARINO. Graduado en derecho por la Universidad de Buenos Aires (1996); diploma de honor al mérito (1998); doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Macerata (Italia) y París 1 Panthéon-Sorbonne (Francia). Investigador del Collège de France (Francia); miembro del Center for Applied Research on the International and European Criminal Justice de Roma (Italia); ex investigador de la sección Hispanoamérica del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania). Ex docente (contratado) de la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires; ex auxiliar docente (por concurso) de la Universidad de Buenos Aires; ex becario del Instituto Max Planck y del Ministerio para la Universidad y la Investigación Científica de Italia. Entre los años 1998 y 2005 ha realizado diferentes estancias de investigación en las siguientes universidades y centros de investigación: Universi-

dad Westfälische Wilhelms de Münster (Alemania), Instituto Max Planck (Alemania), Universidad de Bolonia (Italia), Universidad de Macerata (Italia), Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne (Francia). Es autor de publicaciones en el ámbito del derecho penal y procesal penal.

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador (UES). Desde septiembre de 1993 hasta noviembre de 2005 se desempeñó como coordinador y luego como director del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES), órgano de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD). Actualmente es coordinador de la Oficina de la Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y profesor *ad honorem* del seminario permanente del CEPES. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), con sede en Buenos Aires, coordinador nacional en El Salvador del Proyecto Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal, coordinador de la revista latinoamericana *Pena y Estado* y miembro del Consejo Centroamericano de la revista centroamericana *Justicia Penal y Sociedad*, con sede en Guatemala. Ha publicado dos libros de su autoría, dos compilaciones de autores varios y más de sesenta artículos, ensayos y otros trabajos académicos sobre temas de justicia penal juvenil, seguridad pública, poder judicial y justicia penal. Ha realizado diversas consultorías a solicitud de organismos nacionales e internacionales como UNICEF, PNUD, UNOPS, Fundación Friedrich Ebert, Fundación Konrad Adenauer, Instituto Max Planck, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Save the Children Suecia, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA) y otros.

CARMEN MONTANÍA CIBILS. Abogada, investigadora en la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ), órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, desde 1997. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo (Alemania). Huésped en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (1993-1995). Coautora de varias obras editadas por la Corte, como la Colección de Derecho Penal y el libro *Recurso de casación: apuntes prácticos para su implementación y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Autora de *La protección jurídica en el ámbito carcelario paraguayo* y coautora de *Legislación penitenciaria y de ejecución penal de la República del Paraguay*, tomos de la Colección de Derecho Penitenciario y Ejecución Penal editada por la Cooperación Técnica Alemana (GTZ).

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA. Advogada. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1.º Vice-Presidente do IBCCRIM.

ELIA PATRICIA NERI GUAJARDO. Profesora investigadora del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades y miembro individual de la Coalición Mexicana de ONG a favor de la CPI. Es autora de *La CPI y el artículo 1º del Estatuto de Roma*, UAEH, México, 2003 (en prensa).

PABLO F. PARENTI. Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1995). Posgrado en Derecho Penal (Universidad de Palermo, 2002). Ha realizado la II Maestría en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía (España), con una beca otorgada por esa Universidad (2004). Ejerció actividad docente en derecho penal y en derecho procesal penal en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Torcuato Di Tella. Ha participado en el proyecto de investigación del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional “Derecho penal como reacción ante crímenes de Estado - Procesos de transición comparados”, en el marco del cual realizó el informe “La persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Argentina entre 1976 y 1983” (2002). Es autor de diversas publicaciones en derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal internacional. Ejerce funciones judiciales en la justicia federal argentina.

CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO. Advogada. Mestre e Doutora em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROCÍO SAN MIGUEL. Abogada, especialista en derecho y política internacionales de la Universidad Central de Venezuela y magíster en Seguridad y Defensa Nacional del Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional. Ha sido investigadora ante la Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa de la Nación, consultora jurídica del Consejo Nacional de Fronteras, asesora asociada del Centro de Estudios Militares Avanzados y profesora en Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario de la Escuela Superior de la Guardia Nacional, de la Escuela Superior de Guerra Aérea y de la Escuela Superior de Guerra Naval. Fue beneficiaria del programa de becas del Ministerio de Asuntos Extranjeros de Francia para “Jóvenes con Porvenir” y asesora del Comité Internacional de la Cruz Roja en Venezuela. Su última publicación es *La vigencia y aplicación del derecho internacional humanitario en Venezuela* (Caracas, 2004). Actualmente es docente del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y presidenta de la asociación civil Control Ciudadano para la Seguridad, la Defensa y la Fuerza Armada Nacional.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho con distinción con honores por la Universidad Católica Boliviana (La Paz, Bolivia). Máster en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de San Francisco (Estados Unidos). Diplomada en Derecho Internacional Humanitario por la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Diplomada en Derecho Internacional y Derechos Humanos por la Universidad de Helsinki (Finlandia). Doctorante de la Universidad de Leiden (Países Bajos). Es consultora del Comité Internacional de la Cruz Roja y autora del *Estudio de compatibilidad del derecho internacional humanitario en Bolivia* (en prensa). Ha sido consultora del proyecto Defensor del Pueblo - GTZ para la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en Bolivia, asesora legal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, asesora

legal de la Agencia Implementadora del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Bolivia y profesora de Derecho Internacional de la Academia Diplomática de Bolivia y de la Universidad Católica Boliviana.

JAN WOISCHNIK. Es representante de la Fundación Konrad Adenauer en Uruguay y director del Programa Estado de Derecho para Sudamérica de esta fundación. Es doctor en Derecho por la Universidad de Mainz (Alemania).

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI. Juiz de Direito. Mestre e doutorando em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.