

TEMAS ACTUALES DEL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL

Contribuciones de América Latina, Alemania y España

Kai Ambos / Ezequiel Malarino / Jan Woischnik

TEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Contribuciones de América Latina, Alemania y España

Con contribuciones de Rodrigo Aldoney Ramírez, Kai Ambos, Alejandro Aponte, Gustavo Badaró, Emanuela Fronza, Alicia Gil Gil, Christoph Grammer, José Luis Guzmán Dalbora, Paul Hernández Balmaceda, Ezequiel Malarino, Jaime Martínez Ventura, Carmen Montanía, Jorge Rolón, Bolívar Vergara Acosta, Jan Woischnik



© 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

Corrector

Alejandro Coto

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 335.094 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7868-6-X

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

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

Glosario	9
Presentación	
<i>Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik</i>	11
La construcción de una parte general del derecho penal internacional	
<i>Kai Ambos,</i>	13
Informes nacionales	
ALEMANIA	
El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional.	
El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina	
<i>Christoph Grammer</i>	43
BRASIL	
O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas	
<i>Gustavo Badaró</i>	63
CHILE	
Crímenes internacionales y prescripción	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	69
COLOMBIA	
Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano	
<i>Alejandro Aponte</i>	83

COSTA RICA

Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno <i>Paul Hernández Balmaceda</i>	117
---	-----

EL SALVADOR

Ley de amnistía general y falta de adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional en El Salvador <i>Jaime Martínez Ventura</i>	139
--	-----

ESPAÑA

Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española <i>Alicia Gil Gil</i>	159
---	-----

ITALIA

Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma <i>Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza</i>	169
---	-----

Informe del seminario de San Pablo

“La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional”, San Pablo, 19 y 20 de marzo de 2003 <i>Rodrigo Aldoney Ramírez</i>	207
---	-----

Anexo

ECUADOR

El Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones de derecho penal internacional <i>Bolívar Vergara Acosta</i>	225
---	-----

PARAGUAY

<i>Carmen Montanía y Jorge Rolón</i>	243
--	-----

Lista de Autores	277
-------------------------------	-----

Glosario

Siglas

ARENA	Alianza Republicana Nacionalista (El Salvador)
BGH	Tribunal Supremo alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCPI	Coalición por la Corte Penal Internacional
CDyA	Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos
(Paraguay)	
CEDIH	Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CPP	Código Procesal Penal (Paraguay, El Salvador)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
EICTR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
EICTY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
FMLN	Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (El Salvador)
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
ICTY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
ILC	International Law Commission (Comisión de Derecho Internacional de la ONU)
INREDH	Instituto Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Ecuador
ITM	Tribunal Militar Internacional
LO	ley orgánica
OEА	Organización de Estados Americanos
ONG	organismos/organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAN	Partido de Acción Nacional (México)
PRI	Partido Revolucionario Institucional (México)
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
StPO	Ley Procesal Penal alemana
TCE	Tratado de las Comunidades Europeas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
UE	Unión Europea
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)

Abreviaturas

art.	artículo/artigo
cf.	confróntese
comp.	compilador
dir.	director
ed.	editor
inc.	inciso
n°	número
nm.	número marginal
l. cit.	lugar citado
o. cit.	obra citada
p. (pp.)	página(s)
párr.	párrafo
s. (ss.)	siguiente(s)
t.	tomo

Presentación

Con esta publicación se presentan los resultados del seminario internacional “La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional”, organizado por el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales (IBCCRIM), auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, Alemania, y llevado a cabo en la ciudad de San Pablo, Brasil, los días 18 y 19 de marzo de 2004.

La publicación de esta obra nos ofrece motivos de gratificación que van más allá de la presentación de los resultados de un seminario internacional en la materia. Ante todo, porque ella constituye un signo evidente de la consolidación de un grupo de trabajo sobre derecho penal internacional integrado esencialmente por investigadores de varios países del continente latinoamericano. Ella representa, en efecto, la continuación de la investigación que diera origen al primer libro de este grupo de investigadores: Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003. En versión reducida, ella ha sido publicada también en portugués: Ambos, Malarino (editores), *Persecução penal na América Latina e Espanha*, IBCCRIM, San Pablo, Brasil, 2003.

En cuanto a su contenido, en esta obra se presentan algunas de las ponencias del seminario llevado a cabo en San Pablo. Los trabajos, actualizados y reelaborados para esta publicación, tratan diversos temas de actualidad del derecho penal internacional. A continuación de estos, se encuentra un informe que da cuenta, resumidamente, del desarrollo y de las discusiones del seminario de San Pablo. Más allá de ello, al final de la obra han sido incorporados dos informes sobre la situación de la implementación del Estatuto de Roma en Paraguay y Ecuador. Estos informes representan una línea de continuidad respecto del análisis ya iniciado con el libro

Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España antes citado.

Esperamos que esta nueva publicación sobre el derecho penal internacional sea de provecho para los lectores y constituya un aporte para la implementación del Estatuto de Roma en América Latina.

Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jan Woischnik
Gotinga, París, Montevideo,
enero de 2005

Kai Ambos

La construcción de una parte general del derecho penal internacional *

I. Cuestión preliminar: el derecho penal internacional y sus fuentes

1. Se entiende por *derecho penal internacional* (*Völkerstrafrecht*),¹ tradicionalmente, el *conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales*.² Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del *derecho penal*, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg),³ en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como *derecho internacional*, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad *autónoma* de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Nos encontramos no solo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno

* El texto es una versión resumida de los capítulos 1 y 8 de la obra *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, 2002/2004, que en su versión castellana (actualizada y revisada) es publicado por la Fundación Konrad Adenauer (Programa de Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, Uruguay) y la editorial Temis, a comienzos de 2005. La traducción de la mencionada obra así como la de este texto fue realizada por Ezequiel Malarino.

¹ Sobre el concepto, utilizado por primera vez por Beling, cf. Jescheck/Weigend, AT, 1996, p. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto: Jescheck, *Verantwortlichkeit*, 1952, p. 8; Makarov, *Festschrift* (libro homenaje, en adelante FS) Kern, 1968, p. 253; en contra: Oehler, *Internationales Strafrecht*, 1983, p. 606.

² Cf. para mayores detalles, Triffterer, *Untersuchungen*, 1966, p. 34: “derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente”.

³ Cf. el art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias, del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. Cf. con más detalles, Ambos, AT, 2002/2004, pp. 81 y ss.

amplio, del cual la parte general constituye solamente un pequeño fragmento, si bien desde el punto de vista dogmático probablemente el más importante.

2. Puesto que el derecho penal internacional es, al mismo tiempo, *parte del derecho público internacional*, puede originarse, básicamente, a través de la celebración de *convenciones* multilaterales por los Estados interesados (cf. artículo 38.1.a, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —en adelante, ECIJ) o a través de la formación de *derecho consuetudinario* o *principios generales* del derecho (cf. artículo 38.1.b y c, ECIJ).⁴ En lo que respecta en particular a las fuentes del derecho *penal* internacional, la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades, en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional.⁵ Sin embargo, conforme a los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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”.⁶ Aquí, el concepto “principios de derecho” no se tiene que entender en el sentido del artículo 38.1.c, ECIJ, sino en el de las reglas de *derecho consuetudinario internacional* desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg,⁷ por lo cual la regla aplicada debe tener “sin duda” el carácter de costumbre internacional.⁸ Esto implica una “desformalización” o bien la carga normativa del principio *nullum crimen*. Desde luego, ella ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de derecho penal internacional en los artículos 5 a 8 y con la aprobación adicional de los llamados elementos de los crímenes (*elements of crimes*) en virtud del artículo 9.⁹

⁴ Sobre el reconocimiento de la teoría de las fuentes del derecho internacional en el derecho penal internacional, ya Triffterer, o. cit., 1966, pp. 35 y ss.; también Triffterer, en Lüderssen (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 314 y ss.; recientemente también Kreß, *ZStW*, 1999, p. 599 y s.; Simma-Paulus, en Ascensio-Decaux-Pellet, *Droit international pénal*, 2000, pp. 55 y ss.

⁵ Cf. también Triffterer, o. cit., 1966, pp. 35 y ss.; el mismo, en Hankel-Stuby, *Strafgerichte*, 1995, pp. 218 y ss.; el mismo, en Lüderssen (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 315 y ss.

⁶ Cf. ya Ambos, *StV*, 1997, pp. 39 y ss.; recientemente Broomhall, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 22, nm. 25; Bremer, *Strafverfolgung*, 1999, pp. 60 y ss. Por el contrario, el art. 9 de la CADH no contiene esta excepción.

⁷ Cf. Simma/Paulus, en Ascensio-Decaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, pp. 60 y 64; también, Caracciolo, en Lattanzi/Schabas (eds.), *Essays*, 1999, p. 227.

⁸ Cf. UN, *Report of the Secretary General*, 1993, § 34: “[...] rules [...] beyond any doubt part of customary law [...]”. Cf. también Triffterer, *GS Zipf*, 1999, pp. 502 y ss.; Simma/Paulus, en Ascensio-Decaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, p. 64.

⁹ Los elementos de los crímenes fueron aprobados definitivamente en la primera sesión de la Asamblea de Estados Partes (3 al 10 de setiembre de 2002, ICC-ASP/1/3; cf. <www.un.org/law/icc>). Ellos no poseen un efecto vinculante directo, sino que solamente deben “ayudar” a la ICC en la interpretación, y la CPI debe examinar su compatibilidad con el ECPI (cf. Gadirov, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 9, nm. 30; von Hebel/Robinson, en Lee (ed.), *ICC*, 1999, pp. 87 y s.).

Desde la óptica del *derecho internacional* se presenta el problema de que la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto a un convencimiento jurídico general (*opinio iuris*) para el nacimiento de derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos.¹⁰ Este problema puede ser atendido mediante una más fuerte acentuación de los *principios generales del derecho*. Ante todo, los principios generales del derecho existentes pueden ser traídos en consideración para la verificación o falsación de las reglas de derecho consuetudinario internacional en formación y, en consecuencia, aún no consolidadas. En caso de verificación de la regla de derecho consuetudinario internacional correspondiente se fundamentaría, por medio de una semejante *solución de combinación*, una nueva regla de derecho internacional.¹¹ Con esto se desarrollaría un principio general del derecho —de modo absolutamente tradicional— a partir del derecho nacional con base en investigaciones de derecho comparado, en cierto modo como “*general principles of law derived [...] from national laws of legal systems of the world [...]*” (artículo 38.1.c, ECIJ).¹² Además, según la opinión preponderante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar,¹³ también, en una *valoración de conjunto* del *soft law*¹⁴ internacional, como una especie de *opinio iuris without concordant state practice*.¹⁵ En esa dirección argumenta en definitiva también el Tribunal para la ex Yugoslavia (ICTY) cuando funda una prohibición fundamental de represalias en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, esencialmente, en las “*demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in opinio necessitatis*”.¹⁶ Tal

¹⁰ Respecto de la “*missionary writing*” y de las “*words*” en lugar de “*deeds*” en este contexto Simma, en Academy of European Law (ed.), *Collected Courses IV*, 1995, pp. 216 y ss.

¹¹ Cf. Simma/Paulus, *AJIL*, 1999, 313 (en cuanto a la punición de crímenes de guerra en un conflicto no internacional); también Kreß, *ZStW*, 1999, pp. 613 yss. (en cuanto al reconocimiento en derecho penal internacional del estado de necesidad por coacción).

¹² Cf. en general Kreß, *ZStW*, 1999, pp. 608 y ss., con otras referencias.

¹³ Sobre todo esto Ambos, *AVR*, 1999, pp. 332 y ss., con otras referencias.

¹⁴ En este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los demostrables esfuerzos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, etc. Sobre el concepto, Verdross/Simma, *Völkerrecht*, 1984, §§ 540 y ss., 654 y ss.; sobre el “*soft law*” de los derechos humanos, Simma, en Academy of European Law (ed.), *Collected Courses IV*, 1995, pp. 233 y ss.; Simma/Paulus, en Ascensio/Dcaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, p. 66.

¹⁵ Simma, en Academy of European Law (ed.), *Collected Courses IV*, 1995, p. 225; en similar sentido, Bassiouni, *MichJIL*, 1990, pp. 768 y s. Uno de los defensores más destacados de un derecho consuetudinario internacional fundado fuertemente en la *opinio iuris* es el actual presidente del TPY, el prof. Theodor Meron (*American Journal of International Law*, *AJIL*, 1995, pp. 554 y ss. y *AJIL*, 1996, pp. 238 y ss.).

¹⁶ *Prosecutor v. Kupreškic et al.*, Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), § 527 y ss. (533, resaltado en el original). De esta manera, la Cámara quiere fundamentar una regla de derecho consuetudinario internacional y renuncia, de forma dudosa, al elemento constitutivo de la praxis de los Estados (crít. sobre esa tendencia ya Ambos, *AVR*, 1999, pp. 328 y ss.).

comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación del derecho consuetudinario internacional con los principios generales del derecho, en el sentido de trascendentes “principios y normas del derecho internacional” (*principles and rules of international law*) según el artículo 21.1.b.¹⁷ El derecho consuetudinario internacional es, con esto, parte de las normas (*rules*);¹⁸ los principios generales del derecho contienen una doble función:¹⁹ por un lado, como reglas supranacionales originarias ellos colaborarían con la formación de la costumbre internacional o —según una comprensión moderna— con la de reglas de derecho internacional; por otro lado, como principios generales del derecho en sentido tradicional ellos representarían una fuente autónoma. En este sentido, aunque de acuerdo con el artículo 21.1.c deben ser aplicados solo subsidiariamente,²⁰ ellos asumen sin embargo una considerable importancia²¹ en atención del estado aún rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito, especialmente en su *parte general*.

3. De este modo se evidencia, a la vez, el importante rol que le cabe al *derecho penal comparado*: este colabora con la fundamentación de principios generales del derecho en sentido tradicional, permitiendo deducir de las *regulaciones* concretas de los derechos nacionales un *principio* común.²² Desde luego, no se puede partir aquí solamente del propio sistema nacional del hecho punible, convirtiendo, por ejemplo —en el sentido del *método* tradicional, normativo-descriptivo, del derecho comparado—, el punto de vista dogmático propio en el punto de partida y centro de las consideraciones de derecho comparado.²³ El peligro de este método es evidente: si se parte de tal punto de vista, basado en el derecho propio, los conocimientos logrados con motivo de la comparación jurídica no se diferenciarían radicalmente de este y se prejuzgaría su valoración jurídico-política. Por ello se ha de preferir un moderno método *funcional*, el cual se oriente —en el sentido de una *orientación empírica*— a los problemas materiales hallables en un orden jurídico determinado y que se interro-

¹⁷ Cf. también Simma/Paulus, en Ascensio/Dcaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, p. 61: “Ce n’est pas par hasard que la coutume et les principes généraux de droit semblent se rapprocher; [...]”.

¹⁸ Cf. McAuliffe de Guzmán, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 21, número marginal (nm.) 14.

¹⁹ Cf. también Simma/Paulus, o. cit., pp. 62 y ss.; similar Caracciolo, en Lattanzi/Schabas (eds.), *Essays*, 1999, p. 228.

²⁰ Cf. McAuliffe de Guzmán, o. cit., art. 21, nm. 2 y ss., 15 y ss.

²¹ Similar McAuliffe de Guzmán, o. cit., art. 21, nm. 17; Schabas, *Introduction*, 2001, p. 73; Lagodny, *ZStW*, 2001, 817; Vest, *Genozid*, 2002, p. 29; Fronza, en Papa (ed.), *Orrizonti*, 2003, p. 9 (14 y ss.).

²² Sobre la importancia para el derecho penal internacional de la comparación (legislativa) de derecho penal, también Eser, *FS Kaiser*, 1998, pp. 1506, 1508 y s., 1514.

²³ Cf. en este sentido aún Jescheck, *Entwicklung*, 1955, pp. 36 y ss. (37 y s., 40 y ss.). Partiendo de un *punto de vista* político-criminal o dogmático (propio) (primer nivel) él pretende *interpretar* el derecho extranjero (exégesis, segundo nivel), luego *sistematizarlo* (tercer nivel) y, finalmente, *valorarlo* jurídico-políticamente (cuarto nivel).

gue, en la solución de estos problemas, por el rol y la *función* de los institutos jurídicos existentes, para posibilitar, de esta manera, una comparación —sin prejuicios conceptuales ni dogmáticos— con los institutos jurídicos *funcionalmente* correspondientes en ordenamientos jurídicos extranjeros.²⁴ Si bien nunca se podrá evitar completamente la parcialidad del derecho penal nacional,²⁵ al menos este método ofrece la chance de descubrir, “libre de los conceptos de sistema del ordenamiento jurídico propio”,²⁶ una solución materialmente adecuada para un problema jurídico determinado. Sin embargo, para no actuar de modo simplemente funcional y desvinculado de las decisiones de valor de derechos fundamentales de los sistemas jurídicos más importantes, se propone utilizar el conocido principio de la *comparación jurídica valorativa* proveniente del derecho de la Comunidad Europea.²⁷

4. Se sobreentiende que la comparación jurídica para la obtención de un principio general del derecho, en el sentido del artículo 38.1.c del ECIJ, no puede agotarse en la reunión descriptiva de diversas normas de derecho nacional. Más bien, estas normas constituyen solamente la base para la elaboración del *principio* que se encuentra *detrás* de ellas (*common principle behind*), de la cuestión valorativa esencial y válida para todos los ordenamientos jurídicos y de su solución generalmente aceptable.²⁸ Lo decisivo es, por tanto, el *nivel de los principios*, no el de la regulación.²⁹ En nuestro contexto, la importancia de esto no se debe subestimar, pues en la elaboración por medio del derecho comparado de principios generales del derecho penal o de una parte general —en el sentido continental europeo— existen, en el nivel de los principios, más similitudes entre el *civil law* y el *common law* de lo que por lo común se acepta. Resumiendo, se trata de una *comparación jurídica valorativa orientada a principios*, que sirve al desarrollo de principios generales de derecho penal sobre la base del ECPI.

²⁴ Sobre el principio fundamental de la funcionalidad en el derecho comparado, Kötz, *Rabels Zeitschrift* (en adelante, *RabelsZ*), 1990, p. 209 y s.; Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung*, 1996, p. 33 y ss.; Eser, *FS Kaiser*, 1998, p. 1521.

²⁵ Cf. Weigend, *RIDP*, 1981, p. 500: “[...] one will find that jurists everywhere are likely to regard their own system of justice not necessarily perfect, but as better than the rest”. Similar, también, Bogdan, *Nordic JIL*, 1977, 49; Eser, en Bassiouni (ed.), *Commentaries*, 1993, p. 44.

²⁶ Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung*, 1996, p. 33.

²⁷ El concepto se remonta a Zweigert, *RabelsZ*, 1964, p. 611: “[...] principio general del derecho es [...] lo que se presenta como la mejor solución, luego de un análisis crítico de las soluciones que resultan de una mirada al derecho comparado”. El concepto fue recogido por el fiscal general Roemer, por primera vez, en la causa *Stauder* (*TEDH*, colección 1969, pp. 427, 428; también Wehrhan, *TEDH*, colección 1973, pp. 1254, 1258, 1273).

²⁸ Convincente, Perron, *ZStW*, 1997, p. 299.

²⁹ Bogdan, *Nordic JIL*, 1977, 48 s.; también Kreß, *ZStW*, 1999, p. 612; McAuliffe de Guzmán, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 21, nm. 16; Simma/Paulus, en Ascensio/Decaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, p. 63.

5. En cuanto a las *decisiones judiciales* como fuente de derecho internacional (artículo 38.1.d, ECIJ)³⁰ ellas pueden, ya en una interpretación tradicional del artículo 38.1 del ECIJ, servir de tres modos a la fundamentación de reglas de derecho penal internacional. Por un lado, ellas pueden dar información sobre la praxis de los Estados en el sentido del artículo 38.1.b del ECIJ, así como sobre los principios de derecho nacionales en el marco del artículo 38.1.c del ECIJ; por otro lado, a ellas se puede recurrir por medio del artículo 38.1.d del ECIJ, al menos como medio auxiliar.³¹ Desde un punto de vista material, lo que interesa en nuestro contexto para la importancia creadora de derecho de la judicatura es únicamente si los tribunales competentes han *aplicado* —directamente o indirectamente por medio del derecho nacional— *derecho penal internacional*. Si este es el caso, se los podrá designar incluso de modo general —en un sentido material y que recuerda a la teoría del *dédoublement fonctionnel*—³² como tribunales internacionales,³³ independientemente de que ellos —en un sentido formal debido a su institución y composición— puedan haber sido internacionales,³⁴ nacionales³⁵ o tribunales de ocupación.^{36 37} Este punto de vista material no debe descuidar, desde luego, la *diferenciación*, absolutamente convincente, entre jurisprudencia originaria de derecho penal internacional a través de tribunales *supranacionales* y jurisprudencia de derecho penal internacional indirecta o mediata a través de tribunales *nacionales*. Mientras que en aquel caso se deberá partir, según un nuevo punto de vista basado principalmente en la jurisprudencia del ICTY en *Erdemovic*,³⁸ de un peso normativo propio de la jurisprudencia en la fundamentación de derecho consuetudinario internacional, la judicatura nacional puede influir en el desarrollo del derecho penal internacional solo de un modo indirecto a través de la

³⁰ Cf. Verdross/Simma, *Völkerrecht*, 1984, §§ 617 y ss.; Jennings/Watts, *Oppenheim's International Law I*, 1992, p. 26; Brownlie, *Principles*, 1998, pp. 19 y ss.

³¹ Cf. también Kreß, *ZStW*, 1999, p. 603; Simma/Paulus, en Ascensio/Dcaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, pp. 65 y ss.

³² Según esta teoría fundada por Scelle, los órganos estatales también deben aplicar el derecho nacional a la luz del derecho internacional (cf. Verdross/Simma, *Völkerrecht*, 1984, § 46).

³³ Cf. Wright, en *UNWCC*, XV, p. VIII.

³⁴ Cf. sobre los tribunales de Núremberg y de Tokio y los tribunales ad hoc existentes, Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 81 y ss., 131 y s., 259 y ss.

³⁵ Cf. *infra* Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 140 y s., 163 y ss.

³⁶ Cf. especialmente los tribunales que sucedieron al de Núremberg (Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 83 y s., 141 y s.).

³⁷ Sobre la jurisdicción penal estatal e internacional, en general Jescheck, *Verantwortlichkeit*, 1952, pp. 149 y ss.; recientemente Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof*, 2001, pp. 129 y ss. Sobre la naturaleza jurídica de los tribunales de Núremberg, cf. Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 78 y ss., con otras referencias en la nota 12.

³⁸ *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgment 7.10.1997 (IT-96-22-A), especialmente los votos particulares de los jueces McDonald/Vohrah, Cassese y Stephen. Sobre esta sentencia, más profundamente, Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 263 y ss.

derivación, por medio del derecho comparado, de principios generales del derecho o como fuente subsidiaria de derecho conforme al artículo 38.1.d del ECIJ.³⁹ El ECPI tiene esto en cuenta, al acentuar, en su artículo 21.2, la importancia de las decisiones anteriores (*previous decisions*) de la CPI. Con ello no se establece, sin embargo, un efecto vinculante en el sentido de la doctrina de la *stare decisis* del *common law*, sino que la consideración de sentencias anteriores se deja al buen criterio de la apreciación judicial.⁴⁰

6. Los *esfuerzos internacionales de codificación*, por el contrario, brindan información sobre la *opinio iuris* de la comunidad de los Estados, la cual, a su vez —según el punto de vista que aquí se sostiene— puede ser erigida como fundamento de principios generales del derecho. Se puede recurrir, complementariamente, a las *opiniones doctrinarias* a considerar en el marco de un análisis secundario, para la confirmación o refutación de una *opinio iuris* y para el desarrollo ulterior del derecho. Finalmente, en derecho penal internacional —al contrario que en las fuentes del derecho tradicionales en el sentido del artículo 38 del ECIJ— también ha de considerarse el *derecho nacional*. Mientras los artículos 24.1 del EICTY y 23.1 del EICTR prevén esto solo en el marco de la determinación de la pena, el artículo 21.1.c declara aplicable —cuando proceda (*as appropriate*)— el derecho nacional del Estado que ejercería la jurisdicción siempre y cuando sea compatible con el Estatuto y con el derecho internacional vigente.⁴¹

II. La necesidad de una “parte general” y la teoría del delito aplicable

1. El reconocimiento de la *dimensión individual* de los comportamientos macrocriminales pone claramente de manifiesto la necesidad de desarrollar *reglas generales de imputación*.⁴² La exigencia de una parte general (*General Part*) se corresponde con el desarrollo —usual en el derecho angloamericano— de reglas generales de derecho penal (*General Principles of Criminal Law*),⁴³ que ahora se encuentran en la tercera parte del ECPI. Con el término *reglas generales* se alude, por tanto, a reglas de la parte general y viceversa.

2. Sustancialmente, se trata del diseño de un sistema del delito de derecho penal internacional, el cual no solo tiene que pretender validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes, sino que también tiene que ser *eficiente y comprensible*:

³⁹ Cf. sobre todo esto Kreß, *ZStW*, 1999, p. 603, con otras referencias.

⁴⁰ McAuliffe de Guzmán, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 21, nm. 21 s.

⁴¹ Cf. también McAuliffe de Guzmán, en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999, art. 21, nm. 19; Simma/Paulus, en Ascensio/Dekaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, pp. 66 y s., 68.

⁴² Cf. ya Eser, en Bassiouni (ed.), *Commentaries*, 1993, pp. 43 y ss.; el mismo, *FS Kaiser*, 1998, pp. 1514 y ss.; Lagodny, *ZStW*, 2001, pp. 815 y ss.

⁴³ Cf. Weik, *ZStW*, 1994, p. 868, con referencias en la nota 79; Vogel, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1998, p. 138; Kreß, *ZStW*, 1999, p. 599.

*The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice.*⁴⁴

Los presupuestos fundamentales de una parte general, que deba esperar y merecer aceptación en derecho penal internacional, son, por tanto, apertura frente a los diferentes ordenamientos jurídicos y comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas.

3. Desde la perspectiva de la teoría jurídico-penal y del derecho comparado, solo es apropiada para esta finalidad una *teoría del delito* “funcional de derecho comparado”, en el sentido arriba mencionado.⁴⁵ Ella comparte con la teoría del delito “funcional” (racional final) de alineación *moderada*, orientada a los fines de la pena, la orientación fundamental político-criminal,⁴⁶ esto es, la idea fundamental de que un sistema de derecho penal está caracterizado menos por sucesos ónticos (estructuras lógico-objetivas)⁴⁷ que, más bien, por el respectivo contexto político-criminal y político-social, el cual influye también en la solución de las cuestiones materiales.⁴⁸ Con un lema, tal sistema de derecho penal se puede describir como *orientado a los problemas, a las situaciones y a las consecuencias* y, en este sentido, como *abierto y flexible* en cuanto a los nuevos desarrollos político-criminales. Esto se corresponde con la interpretación teleológica también usual en el derecho penal internacional que se orienta a los valores y a los fines políticos de la comunidad internacional.⁴⁹ Por el contrario, desde el punto de vista del derecho penal internacional se debe rechazar el funcionalismo (jurídico-penal) *puro* o *radical*⁵⁰ que, con base en funda-

⁴⁴ Jareborg, *RIDP*, 1981, 520.

⁴⁵ Cf. *supra*, nota 24.

⁴⁶ Cf. Roxin, *Kriminalpolitik*, 1973, pp.10 y s., 15 y ss., 40 y ss.; el mismo, *AT I*, 1997, § 7, nm. 24 y ss., 51 y ss., 80 y ss.; § 19, nm. 1 y ss.; asimismo Schünemann, en Schünemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, p. 8 y ss. (“sistema abierto”), 46 y ss., 169 y s., 187, 195; el mismo, *FS Roxin*, 2001, p. 23 y ss. (32); Wolter, en Schünemann/Figueiredo Dias (eds.), *Coimbra Symposium*, 1995, p. 31 y ss.; Mir Puig, en ídem, p. 36 y ss.; Moccia, en ídem, pp. 48, 51 y ss.; Sousa e Brito, en ídem, p. 72 y s., 75 y s.; Figueiredo Dias, en ídem, pp. 357, 365 y s.; Muñoz Conde, en Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 203 y s.

⁴⁷ Así aún hoy los discípulos de Welzel —orientados al finalismo—: cf. especialmente Hirsch, *FS Köln*, 1988, pp. 400 y ss.; 415 y s.; el mismo, *FS Lenckner*, 1998, p. 141 y s., donde reconoce de todos modos los méritos de la teoría de la imputación objetiva; Arm. Kaufmann, *GS Tjong*, 1985, pp. 100, 109, 110; Küpper, *Grenzen*, 1990, pp. 24 y ss.

⁴⁸ Del mismo modo Eser, *AT I*, 1980, p. 49; Jescheck/Weigend, *AT*, 1996, p. 196.

⁴⁹ Cf. McDonald/Vohrah, en *Prosecutor v. Erdemovic*, *supra*, nota 38, § 75: “[...] the law [...] must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role”; también § 78. Cf. también Simma/Paulus, en Ascensio/Dcaux/Pellet, *Droit international pénal*, 2000, p. 68: “Ainsi, l’interprétation téléologique des prescriptions du droit international pénal est en effet orientée vers les buts politico-sociaux de la communauté internationale”.

⁵⁰ Sobre la diferenciación entre funcionalismo “moderado” y “radical”, es fundamental Silva Sanchez, *Aproximación*, 1992, p. 68 y ss. (68, 70); diferenciando también el mismo, *Perspectivas*, 1998, p. 30 y ss. (37, 39 y s.); siguiéndolo Modolell, *Bases*, 2001, p. 21.

mentos teórico-sistémicos, aboga⁵¹ por medio de una normativización extrema (libre de datos empíricos)⁵² por una concepción de la culpabilidad completamente preventiva general, es decir, orientada a las respectivas necesidades punitivas de la sociedad. Ello, pues una concepción semejante, en todo caso en su expresión *jakobsiana*,⁵³ no se puede hacer compatible con la comprensión de la sociedad y de los valores, en la que se asienta el derecho penal internacional, de una comunidad de valores universal o de una sociedad del ciudadano mundial, en donde al derecho penal mundial le corresponde la función de proteger los derechos humanos fundamentales.

4. Sea como fuere, un poder punitivo trasnacional se puede fundar sin duda alguna con referencia en los *derechos humanos interculturalmente reconocidos*.⁵⁴ Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del derecho penal que parta del individuo y de su dignidad humana inviolable, absolutamente en el sentido de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de Kant,⁵⁵ basada en esa dignidad humana. Solo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza “un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas”.⁵⁶ Solo la “asociabilidad parcial del individuo” garantiza la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: “humanidad como desviación y libertad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como chance de autorresponsabilidad a través de la posibilidad de autodeterminación [...]”.⁵⁷ La dignidad humana debe ser, por tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inmovible de todo sistema de derecho penal; solo así se puede poner “un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino [...] [del] total ‘desencanta-

⁵¹ Jakobs, *Schuld*, 1976, pp. 1, 8 y s., 10, 14, 24, 31 y ss.; el mismo, *AT*, 1993, pp. VII y s., 1/1 y ss. (11, 15), 17/18 y ss., 22; el mismo, *ZStW*, 1995, pp. 859 y ss.; el mismo, en Neumann/Schulz (eds.), *Verantwortung*, 2000, pp. 59 y ss.; el mismo, en Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 49 y s. (= *Estudios de Derecho Judicial*, 20, pp. 135 y ss.); el mismo, en Eser/Yamanaka (editores), *Einflüsse*, 2001, p. 209; cf. también Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 530 y s. Posiciones similares sostienen Achenbach, en Schünemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, pp. 141, 149, y Streng, *ZStW*, 1980, pp. 663 y ss. (664 y s.); el mismo, *ZStW*, 1989, pp. 283 y ss. (286 y ss., 296); Kindhäuser, *Gefährdung*, 1989, p. 30; Lesch, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 184 y ss. (resumidamente pp. 276 y ss.).

⁵² Schünemann, *FS Roxin*, 2001, pp. 13 y s.

⁵³ Véase mi crítica mas detallada, en Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 60 y ss.; en castellano, Ambos, *PG*, 2005, véase nota *.

⁵⁴ Cf. sobre todo Höffe, *Strafrecht*, 1999, pp. 8, 51 y ss., 67 y ss., 107 y ss. Sobre el tema y otros con más referencias, véase Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 66 y s.; en castellano en Ambos, *PG*, 2005, véase nota *.

⁵⁵ Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una “filosofía de los derechos humanos” con vigencia universal cf. ahora Bielefeldt, *Philosophie*, 1998, pp. 45 y ss. (62 y ss.), 158 y ss., 202 y s.

⁵⁶ Soeffner, en Amelung (ed.), *Verantwortung*, 2000, p. 26.

⁵⁷ Ídem.

miento' (Weber) del mundo por medio de un funcionalismo formal racional-final".⁵⁸ Y, entonces, no puede estar más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal.⁵⁹

5. Mientras que la ventaja de una teoría del delito político-criminal funcional de derecho comparado frente a un puro funcionalismo de impronta jakobsiana consiste en su orientación hacia los derechos humanos, ella es superior al punto de vista ontológico, debido a su apertura frente a las situaciones problemáticas concretas. Si bien a primera vista el pensamiento ontológico del derecho penal tiene la ventaja de que las estructuras lógico-objetivas por él presupuestas, en principio, son universalmente válidas y, en este sentido, no se plantea en absoluto la cuestión de "nacional" o de "sociedad",⁶⁰ no existe, sin embargo, en el plano internacional ni un consenso sobre tales estructuras (¿cuáles?), ni jamás la discusión sobre su adopción ha impregnado el debate de derecho penal internacional. Ya una mirada por sobre las fronteras alemanas enseña, por ejemplo, que los "elementos de estructura" presuntamente "predeterminados" y los "datos lógico-objetivos", sobre los cuales se debe basar, según el punto de vista finalista, la diferenciación entre autoría y participación,⁶¹ de ningún modo han conducido a una implementación universal del modelo diferenciador.⁶² En plano del derecho penal internacional es aún más claro que la validez y obligatoriedad general de principios jurídico-penales con operatividad supranacional, como ahora han sido formulados en la tercera parte del ECPI, resulta de un proceso de negociación orientado a la solución de problemas y de consenso, a cuyo término no se imponen datos presuntamente lógico-objetivos —en el sentido de una ciencia jurídico-penal "correcta" o "falsa" según criterios científicos—,⁶³ sino fórmulas de compromiso de política criminal y de política de derecho internacional.⁶⁴ Por tanto, aquí se trata de compromisos de política de derecho internacional en forma de ley, los cuales reaccionan a determinados desarrollos del derecho penal internacional y —en el mejor de los casos— están asegurados por el derecho comparado. Si es que estos compromisos pudieran estar acaparados por una cierta dirección del pensamiento jurídico-penal, esta no sería de todas maneras una cerrada, orientada a principios (ónticos), sino, en todo caso, una abierta (de política criminal).

⁵⁸ Ídem, p. 27.

⁵⁹ Cf. Wolter, en Schünemann/Figueiredo Dias (eds.), *Coimbra Symposium*, 1995, pp. 4 y ss., 13; también Figueiredo Dias, en ídem, pp. 358 y ss.

⁶⁰ Cf. Hirsch, *FS Spindel*, 1992, pp. 43 y ss. (55).

⁶¹ Cf. Küpper, *Grenzen*, 1990, pp. 136 y ss. (148). Decidido por un punto de vista normativo S/S-Cramer, 1997, previamente al § 25, nm. 3 y s.; S/S-Cramer/Heine, 2001, previamente al § 25, nm. 3 y s.

⁶² Cf., con más detalles, Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 543 y ss.

⁶³ Cf. Hirsch, *FS Spindel*, 1992, p. 58.

⁶⁴ Similar respecto de la validez general supranacional de las opiniones de la dogmática jurídico-penal, Roxin, *AT I*, 1997, § 7, nm. 84, en la nota 76. Schabas, *Genocide*, 2000, p. 285, habla de un "hasty 'cut and paste' approach to the preparation of international instruments".

III. Los pasos concretos. Aspectos metódicos

1. Para poder desarrollar las *bases para una elaboración dogmática* de la parte general del derecho penal internacional se deben seguir *tres pasos*. Los dos primeros se ocupan de un método esencialmente *empírico-inductivo* de los fundamentos, es decir, se establecen las bases de la investigación en el verdadero sentido de la palabra, para preparar el terreno para el tercer paso: el trabajo *dogmático* fino, en el sentido de la elaboración más precisa de determinados ámbitos de regulación de la parte general, partiendo de los fundamentos contruidos y del ECPI. En suma, se trata de un método con un enfoque empírico-inductivo y dogmático funcional de derecho comparado, con el cual se debe desarrollar “paso a paso” una teoría del delito de derecho penal internacional.⁶⁵ Veamos esto con más detalle.

a) *Primero* se debe investigar la *jurisprudencia de derecho penal internacional* desde Núremberg a La Haya, con el fin de analizar y sistematizar los principios generales allí desarrollados. El análisis debe comenzar con la *jurisprudencia de Núremberg*. Aquí se debe analizar además de la sentencia del Tribunal Militar Internacional (IMT), aquellas de los doce procesos que le sucedieron con base en la ley del Consejo de Control n° 10.⁶⁶ Luego son importantes las sentencias del IMT para el Lejano Oriente, las de los procesos documentados por la UN-War Crimes Commission, una selección de *sentencias de tribunales nacionales* respecto de crímenes cometidos por el nacionalsocialismo y otro tipo de macrocriminalidad y, por último, la jurisprudencia de los actuales *tribunales ad hoc de la ONU*, esto es, los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda y, si los hay, sentencias de los “nuevos” tribunales (mixtos) de Kosovo, Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya e Irak.⁶⁷

En cuanto concierne a la *selección de las sentencias* es decisivo, en vistas del objetivo de desarrollar reglas *generales* de un derecho penal *material* internacional, el contenido y la especial importancia histórica o nacional de la sentencia respectiva. Mientras que las sentencias de Núremberg, Tokio y de los tribunales ad hoc pueden ser calificadas como fundamentales para el desarrollo o el estado del derecho penal internacional y, por ello, no pueden faltar en una investigación de este tipo, en el caso de las sentencias de los tribunales nacionales se debe llevar a cabo una selección. En este sentido, parece lo más adecuado seleccionar siempre, en cuanto evidente, la sentencia del proceso más importante de cada país. Como requisito de contenido para la selección puede servir la existencia de un mínimo de reflexiones y consideraciones de parte general, sin analizar las decisiones de contenido meramente procesal.⁶⁸

⁶⁵ Cf. Roxin, *ATI*, 1997, § 7 nm. 48 y s., 82 y ss. (84).

⁶⁶ Cf. al respecto la lista de las sentencias, en Ambos, *AT*, 2002/2004, p. 878.

⁶⁷ Sobre los primeros cuatro véase Ambos/Othmann, *New approaches*, 2003; para Irak véase http://www.cpa-iraq.org/audio/20031210_Dec10_Special_Tribunal.htm.

⁶⁸ Cf., por ejemplo, el muy conocido caso *Demjanjuk* (resumidamente Domb, *IYHR*, 1994, pp. 323 y ss.; Wenig, en McCormack/Simpson (ed.), *Law*, 1997, pp. 115 y ss.).

En las sentencias respectivas se debe investigar, utilizando un *análisis de contenido de tipo descriptivo*,⁶⁹ los conceptos y las cuestiones materiales que son de importancia para la obtención de *reglas de parte general* del derecho penal internacional. La *sample* resulta de las cuestiones planteadas en la discusión actual sobre una parte general del derecho penal internacional. Entre tales *planteamientos de parte general* entran especialmente en consideración:

- las cuestiones relacionadas con la *responsabilidad jurídico-penal personal o individual* (*individual criminal responsibility*), especialmente la *imputación* de elementos objetivos y subjetivos⁷⁰ (voz: “responsabilidad individual”);
- las cuestiones relacionadas con la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en sentido amplio, especialmente las causas de justificación y exculpación o —en la más amplia terminología angloamericana— todos los motivos que suprimen el reproche del hecho en la forma de *impedimentos de punibilidad* (materiales) (voz: “*defences*”).⁷¹

De ello resulta una *construcción del delito* básicamente *bipartita*, que distingue solamente entre responsabilidad individual y las posibles causas de su exclusión (*defences*)⁷² y que, por tanto, se diferencia fundamentalmente de la construcción del delito bipartita o tripartita, que reina en Alemania, orientada sobre la base de la diferenciación entre injusto y culpabilidad.⁷³

I. Responsabilidad individual

1. Intervención criminal

- a) Autoría y participación
- b) Autoría mediata (dominio por organización)
- c) Complicidad (acciones de colaboración), *joint criminal enterprise*

⁶⁹ Sobre este concepto, proveniente de la ciencia social empírica, cf. Atteslander, *Methoden*, 1995, pp. 235 y ss.; 2000, pp. 210 y ss. Se trata más bien de un análisis *descriptivo* de contenido (que de uno cualitativo), pues se investiga un texto dado según determinadas categorías o conceptos, pero sin evaluar los datos autónomamente recabados —como en el caso de un análisis *cualitativo* de contenido— (l. cit. [1995], pp. 238 y ss., 246). El análisis de contenido de tipo descriptivo puede convertirse en uno de *inferencias*, cuando por sobre el mero contenido del texto analizado se concluye sobre determinados datos sociales externos, que se encuentran relacionados con este.

⁷⁰ Aquí se tratan de evitar los conceptos de “imputación subjetiva” y “objetiva”, pues en la discusión alemana ellos están reservados a doctrinas determinadas. En caso de que ellos emerjan, de todos modos, en una u otra parte del texto, deberán ser entendidos fundamentalmente como imputación de elementos objetivos o subjetivos, esto es, como presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad individual.

⁷¹ Utilizo aquí y en lo sucesivo el modo de escritura inglesa *defence*.

⁷² Véase Ambos, *AT*, 2002/2004, p. 515; el mismo, *PG*, 2005, véase nota *.

⁷³ Cf. las amplias referencias en Perron, *FS Lenckner*, 1998, pp. 229 y s., en nota 12 y s.

2. Extensiones de la punibilidad
 - a) Responsabilidad del jefe
 - b) Tentativa
 - c) Contribución de algún otro modo al hecho colectivo, *joint criminal enterprise*
3. Presupuestos subjetivos

II. Defences

1. Causas de exclusión de la punibilidad
 - a) Actuar en cumplimiento de una orden
 - b) Estado de necesidad y estado de necesidad por coacción
 - c) Legítima defensa
 - d) Error
2. Otras *defences*

Con el concepto de *responsabilidad individual* se comprende a los problemas relacionados con la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal de derecho penal internacional. Se trata, por tanto, en primer término de reglas y posibilidades de *imputación* de una determinada conducta a un determinado resultado, y no de “responsabilidad” en el sentido de una categoría delictiva independiente en lugar de la culpabilidad.⁷⁴ Sin embargo, la responsabilidad individual tiene también un lado subjetivo y, por cierto, en un doble sentido: por un lado, en la forma de un reconocimiento fundamental del principio de culpabilidad; por el otro, como expresión de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual. En derecho penal internacional no se diferencia claramente, sin embargo, entre el dolo del hecho —como parte del tipo— y la conciencia de la antijuridicidad —como parte de la culpabilidad—. ⁷⁵

Con el término *defences* se comprenden fundamentalmente todos los motivos —alegados por la defensa o examinados *ex officio*— cuya presencia conduce a la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal y, con ello, de la punición. Se puede hablar de *causas de exclusión de la punición o de la responsabilidad* o —de un modo aún más amplio, siguiendo a Eser—⁷⁶ de *impedimentos de punibilidad materiales y procesales*.⁷⁷ Sin embargo, aquí serán investigados solamente las *defences* en sentido restringido, esto es, las causas *materiales* de exclusión o supresión de la punibili-

⁷⁴ Cf. Roxin, *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 34, 39; el mismo, *AT I*, 1997, § 7 nm. 27, 65 s.

⁷⁵ Cf. con mayores detalles Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 539 y ss., 758 y ss.

⁷⁶ Eser, *FS Triffterer*, 1996, p. 755; sobre el concepto también ya Etzel, *Notstand*, 1993, pp. 61 y ss.; Nill-Theobald, *ZStW*, 1997, p. 955; Stauder, *Defenses*, 1999, pp. 41 y s., 57 y ss.

⁷⁷ Por el contrario, la traducción como “objeciones defensivas”, aunque fiel al texto, tiene poco valor informativo. Sobre las objeciones defensivas en sentido amplio y restringido y sobre su relación con la carga de la prueba en el derecho penal inglés, cf. Watzek, *Rechtfertigung*, 1997, pp. 58 y ss.

dad.⁷⁸ Tampoco se efectuará, en este lugar, una diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pues ella no se encuentra en la jurisprudencia penal internacional.⁷⁹ En la jurisprudencia de Núremberg emergen en particular numerosas *defences*,⁸⁰ las cuales han perdido importancia con la posterior evolución, especialmente en el ámbito de los tratados internacionales.⁸¹

Además, en las sentencias se encuentran también expresiones sobre los *tipos de la parte especial* del derecho penal internacional y sobre las *teorías generales del derecho público internacional*. Estas consideraciones sobre la parte especial muestran que existe una *relación inseparable entre esta y la parte general* del derecho penal internacional.⁸² Las reglas generales se han desarrollado, cuando lo han hecho, con referencia a la realización de determinados tipos penales. Esto significa también que el desarrollo de una parte general o —menos ambiciosamente y más realista— de un sistema (incompleto) de reglas generales de imputación no es posible sin referencia a la parte especial. Antes bien, las reglas generales concretas se habrán de desarrollar siempre de la mano de un tipo penal determinado o de un caso concreto. De este modo se obtendrán a la vez —en cierto modo, como efecto colateral— algunos conocimientos sobre la parte especial del derecho penal internacional, cuyo completo análisis necesitará, sin embargo, de un estudio autónomo.

b) *En segundo lugar*, los principios generales resultantes del análisis de la jurisprudencia deben ser confrontados con los *esfuerzos de codificación* existentes desde Núremberg. Con otras palabras, se trata de un examen de los principios generales investigados en el marco del análisis jurisprudencial de la mano de los esfuerzos de codificación, esto es, de la verificación de la existencia normativa del *case law* investigado. Al igual que en la primera parte, se deben analizar las fuentes relevantes de derecho penal internacional referidas a la parte general. El punto central reside —luego de una observación preliminar metódica sobre la interpretación de los tratados de derecho (penal) internacional— en la investigación de la discusión dentro de la ONU, en donde habrá de referirse especialmente a las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (International Law Commission, ILC) sobre un Draft Code against the Peace and Security of Mankind. Por otra parte, estos trabajos se apoyan, por un lado, en los principios de Núremberg —como intento de condensar la jurisprudencia y los fundamentos jurídicos de Núremberg—, pero tam-

⁷⁸ Asimismo Nill-Theobald, *Defences*, 1998, pp. 7, 57. En este concepto entran también otros presupuestos *negativos* de la punibilidad, es decir, aquellos cuya presencia elimina la punibilidad (por ejemplo, el desistimiento de la tentativa); pero no necesariamente los *positivos*, esto es, aquellos cuya presencia es un presupuesto de la punibilidad (por ejemplo, las condiciones objetivas de punibilidad).

⁷⁹ Cf., sin embargo, Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 826 y ss.

⁸⁰ Cf. Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 111 y ss.

⁸¹ Resumidamente Ambos, *AT*, 2002/2004, pp. 511 y ss.

⁸² Sobre esta relación en el derecho penal alemán cf. Fincke, *Verhältnis*, 1975, pp. 31 y s. y pássim; en general Tiedemann, en Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law*, 1992, pp. 280 y ss.

bién, por el otro, han sido influenciados por convenciones especiales de derecho penal internacional. En este sentido, en primer lugar se ha de analizar el derecho internacional humanitario (aquí, *derecho de Ginebra*) que, con la regulación del derecho de los conflictos armados, especialmente y cada vez en mayor medida también del conflicto interno, constituye una parte importante del derecho penal internacional. Posteriormente, se ha de analizar la Convención contra el Genocidio y otros tratados de derecho penal internacional. También los proyectos de organizaciones privadas y de personas individuales han tenido una influencia insubestimable. Todo este desarrollo ha experimentado una conclusión (provisoria) y su apogeo con el ECPI. Al final las conclusiones sistematizadas ofrecen una sólida base —compuesta de jurisprudencia y esfuerzos de codificación— para la siguiente elaboración dogmática de los principios generales.

c) Sobre la base del análisis y sistematización de la jurisprudencia y de las codificaciones se puede efectuar, como *tercer paso*, una *elaboración dogmática* que aporte las bases para una parte general del derecho penal internacional. Se trata de una investigación absolutamente independiente destinada a la profundización y el perfeccionamiento de los conocimientos obtenidos y, a la vez, de la tercera parte del ECPI. En esta parte se debe elaborar una dogmática sobre la participación en general, la *responsabilidad del superior*; la *tentativa*, los *presupuestos subjetivos*, inclusive el *error* y las *causas materiales de exclusión de la punibilidad* relevantes, especialmente el estado de necesidad por coacción. Ya de la limitación a la búsqueda de *bases* para una elaboración dogmática tendría que ser claro que, con esta tercera parte, de ningún modo se pretende presentar un sistema *definitivo* de reglas generales de imputación de derecho penal internacional. Más bien, cada autor se enfrenta aquí con la difícil decisión de considerar *todas* las cuestiones de parte general que le parecían de importancia, renunciando para ello, sin embargo, en una u otra, a necesarias profundizaciones, o bien limitar *a limine* la investigación a ciertos problemas *escogidos*. Parece ser más adecuado el primer camino, ya que, de frente a una elaboración dogmática de la “materia prima del derecho penal internacional” que se encuentra recién totalmente en sus comienzos y que debe constituir la base para sucesivas investigaciones, parece más importante tratar todas las cuestiones trascendentes de parte general, si bien de modo incompleto y controversial, que presentar una doctrina *definitiva* provista de una “dogmática jurídico-penal muy refinada” de solo un *sector*.⁸³ Por más que esto pueda ser digno de críticas desde el punto de vista de los especialistas y de los dogmáticos instruidos, es la consecuencia del enfoque amplio de la investigación, en lugar de uno selectivo, y, por ello, se trata más bien de un problema metódico que de uno de contenido.

⁸³ Sobre la *materia prima* y *refinación*, cf. Weigend, *FS Roxin*, 2001, p. 1386. Por el contrario son demasiado descriptivas las expresiones de Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof*, 2001, pp. 177 y ss.

Bibliografía completa **

- ACHENBACH, Hans, "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", en Bernd Schünemann (eds.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, pp. 135-151.
- AFFOLDER, Natasha A., "Tadic, The Anonymous Witness and the Sources of International Procedural Law", *Michigan Journal of International Law (MichJIL)*, 19, 1998, pp. 445-495.
- AHLBRECHT, Heiko, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Baden-Baden, 1999.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Ein unausrottbares Mißverständnis. Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuldbegriff von Jakobs", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 110, 1998, pp. 640-657.
- AMBOS, Kai, "Nuremberg Revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot", en *Strafverteidiger (StV)*, 1997, pp. 39-43.
- "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen", en *Archiv des Völkerrechts (AVR)*, 37, 1999, pp. 318-356.
- "Anmerkung zu BGH", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1999, pp. 396, 404-406.
- "Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht", en *Juristenzeitung (JZ)*, 1999, pp. 16-24.
- "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague", en Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Volume I, Commentary. The Hague et al., 2000, pp. 1-31.
- "Bericht über die Diskussion zum Thema 'Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart'", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 103-107.
- AMBOS, OTHMANN (eds.), *New approaches in international criminal Justice*, Freiburg im Breisgau (Alemania), 2003.
- AMBOS, Kai, STEINER, Christian, "Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene", *Juristische Schulung (JuS)*, 2001, pp. 9-13.
- APONTE, Alejandro, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2004.
- ATTESLANDER, Peter, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 8.^a ed., Berlin, 1995; 9.^a ed., Berlín, 2000.

** Se cita todas las obras y artículos usados en el trabajo original mencionado en la primera nota (*).

- BARATTA, Alessandro, "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 24, 1984, pp. 533-552.
- BAURMANN, Michael, "Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität", en Klaus Lüderssen (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 409-441.
- BERNHARDT, Rudolf, "Interpretation in International Law", en Bernhardt R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7, 1984, pp. 318-327.
- BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*, Darmstadt, 1998.
- BLANKE, Thomas, "Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas", en *Kritische Justiz (KJ)*, 1999, pp. 410-425.
- BLECKMANN, Albert, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*, Freiburg i.Br./München, 1982.
- "Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1993, pp. 824-828.
- BOGDAN, Michael, "General Principles of Law and the Problem of the Lacunae in the Law of Nations", en *Nordic Journal of International Law (NordicJIL)*, 46, 1977, pp. 37-53.
- BOOT, Machteld, *Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen et al., 2002.
- BREMER, Kathrin, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht*. Frankfurt a.M. 1999.
- BROOMHALL, Bruce, "Article 22", en Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5.^a ed., Oxford, 1998.
- BRUER-SCHÄFER, Aline, *Der Internationale Strafgerichtshof*, Frankfurt a.M., 2001.
- BURKHARDT, Björn, "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 111-157.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "El Estado actual en el derecho penal", en José Cerezo Mir, Rodrigo F. Suárez Montes, Antonio Beristain Ipiña, Carlos M. Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 59-65.
- CAPPS, Patrick, "Incommensurability, Purposivity and International Law", en *European Journal of International Law (EJIL)*, 11, 2000, pp. 637-661.
- CARACCILO, Ida, "Applicable Law", en: Flavia Lattanzi, William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Volume I, Ripa Fagnano Alto, Roma, 1999, pp. 211-235.
- CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente*, Lima, 1999.
- CEREZO MIR, José, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*

- chtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 255-260.
- CORNILS, Karin, "Bericht über die Diskussion zum Thema 'Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft'", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 427-435.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als Referenzen einer zweckrationalen Verbrechenslehre", en: Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 121-145.
- CRAVEN, Matthew, "Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law", en *EJIL*, 11, 2000, pp. 489-519.
- DAZA GÓMEZ, Carlos, "El funcionalismo, hoy", en *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXV, n° 3, 1999, pp. 133-146.
- DOEHRING, Karl, *Völkerrecht*, Heidelberg, 1999.
- DOMB, Fania, "The Demjanjuk Trial – Judgement of the Supreme Court of Israel – Summary", en *Israel Yearbook on Human Rights (IYHR)*, 24, 1994, pp. 323-341.
- DÖRMANN, Knut, KRESS, Claus, "Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den internationalen Strafgerichtshof", en *Humanitäres Völkerrecht (HuV)*, 1999, pp. 200-213.
- ELLIOTT, Catherine, "The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law", en *Criminal Law Forum (CLF)*, 11, 2000, pp. 35-46.
- ESER, Albin, *Strafrecht I*, München, 3.^a ed., 1980.
- "The Need for a General Part", en Cherif M. Bassiouni (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Toulouse, 1993, pp. 43-52.
- "'Defences', in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen". en: Kurt Schmoller (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien/New York, 1996, pp. 755-775.
- "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung", en Hans-Jörg Albrecht, Frieder Dünkel, Hans-Jürgen Kerner, Josef Kürzinger, Heinz Schöch, Klaus Sessar, Bernhard Villmow (eds.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Band 2, Berlin, 1998, pp. 1499-1529.
- "Schlußbetrachtungen", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*.
- ETZEL, Jochen, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1993.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, "Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems", en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 357-366.
- FINCKE, Martin, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín, 1975.
- FLETCHER, George, "Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht", en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 235-253.
- FRANK, Hans, "Aufgabe des Rechtslebens ist nicht die Sicherung der Paragraphenanwendung, sondern vor allem Sicherung des Volkslebens", en *Deutsches Recht (DR)*, 1934, pp. 25-427.
- FRISCH, Wolfgang, "Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 213-237.
- FRONZA, Emanuela, "Ruolo della comparazione e costruzione di un *Allgemeiner Teil* a livello sopranazionale", en Papa (ed.), *Orrizonti della penalistica italiana nei programmi di ricerca dei più giovani studiosi*, Firenze, 2003, pp. 9-18.
- GADIROV, Erkin, "Art. 9", en: Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, "Bestialität und Humanität", *Die Zeit*, Hamburg, 29.4.1999.
- HASSEMER, Winfried, Person, "Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht", en Klaus Lüderssen (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 350-372.
- Vielfalt und Wandel, "Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts", en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., 1999, pp. 157-180.
- HEBEL, Herman von, ROBINSON, Darryl, "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague et al., 1999, pp. 79-126.
- HIRSCH, Hans-Joachim, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln u.a., 1988, pp. 399-427.
- "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht", en Hans-Joachim Hirsch, Thomas Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, 1989, pp. 65-79.
- "Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?", en Manfred Seebode (eds.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin, 1992, pp. 43-58.

- “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung”, en Albin Eser, *Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 119-142.
- HÖFFE, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, 1999.
- *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., 1999.
- “Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen”, en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 307-337.
- IPSEN, Knut, *Völkerrecht*, 4.^a ed., München, 1999 (in Zusammenarbeit mit Volker Epping, Horst Fischer, Christian Gloria, Wolff Heintschel von Heinegg, Hans Joachim Heintze).
- JAKOBS, Günther, Schuld und Prävention, Tübingen, 1976.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe*. 2.^a ed., Berlin, 1993 (unveränderter Nachdruck der 2.^a ed., 1991).
- “Untaten des Staates – Unrecht im Staat”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1994, pp. 1-19.
- “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken”, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 843-876.
- Norm, Person, *Gesellschaft*, Berlin, 1997.
- “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Estudios de derecho judicial”, *Consejo General del Poder Judicial Xunta de Galicia*, 20, 1999, pp. 121-145.
- “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en Ulfrid Neumann, Lorenz Schulz (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt a.M.*, Stuttgart, 2000, pp. 57-72.
- “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)”, en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 47-56.
- “Einleitung”, en Albin Eser, Keiichi Yamanaka (eds.), *Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen*, Baden-Baden, 2001, pp. 209-210.
- JAKOBS, Günther, CANCIO, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- JAREBORG, N., “Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code (1980)”, en *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)*, 52, 1981, pp. 519-527.
- JENNINGS, Robert, WATTS, Arthur, *Oppenheim's International Law*, Volume I – Peace. 9.^a ed., Essex, 1992.
- *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952.

- *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen, 1955.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- KAHLO, Michael, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990.
- KAUFMANN, Armin, “Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft”, en Hans-Heinrich Jescheck, Jhon-Won Kim, Haruo Nishihara, Hans-Ludwig Schreiber (eds.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, pp. 100-111.
- KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989.
- KÖCK, Heribert Franz, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention. Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention*, Berlin, 1976.
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997.
- KÖTZ, Hein, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 54, 1990, pp. 203-216.
- KRESS, Claus, “Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Die Bewertung von Tötungen im Nötigungsnotstand durch die Rechtsmittelkammer des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien im Fall Erdemovic”, en *ZStW*, 111, 1999, pp. 597-623.
- KRÜCK, Hans, “Art. 164”, en: von der Groeben, Thiesing, Ehlermann (eds.), *Kommentar EU-/EG-Vertrag*, 5 tomos (tomo 4), 5^a ed., 1997.
- KRÜGER, Sven, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, Frankfurt a.M., 1994.
- “Der Beitrag der Strafrechtswissenschaft zur Europäisierung des Strafrechts”, en Gerhard Köbler, Meinhard Heinze, Wolfgang Hromadka (eds.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, München, 2000, pp. 613-625.
- KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.
- KUZMANOVIC, Tomislav Z., “The Artukovic Case: Do the Means Justify the End?”, en *Wisconsin International Law Journal (WiscILJ)*, 6, 1987, pp. 155-172.
- LAGODNY, Otto, “Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs”, en *ZStW*, 113, 2001, pp. 800-826.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts”, en Thomas Weigend, Georg Küpper (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin-New York, 1999, pp. 83-104.
- “Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems”, en Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 45-68.
- LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln u.a., 1999.

- LINDENMANN, Jürgen, Die Arbeiten der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof – Anmerkungen aus Schweizer Sicht. *HuV* 1999, pp. 213-216.
- LÜDERSSSEN, Klaus, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken”, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 877-906.
- “Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk”, en Klaus Lüderssen (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I: Legitimationen, Frankfurt a.M., 1998, pp. 25-118.
- “Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß”, en Claus Roxin, Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht, München, 2000, pp. 883-910.
- LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3.^a ed., Berlin, 1965 1986.
- Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M. 1993, 2.^a ed., 1997.
- MAKAROV, Alexander, “Betrachtungen zum internationalen Strafrecht”, en Born, Lange (eds.), *Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, 1968, pp. 253-273.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho internacional público [Parte general]*, Madrid, 2.^a ed., 1995.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret, “Art. 21”, en: Triffterer (ed.), *Commentary*, 1999.
- MCDONALD, Gabrielle Kirk, SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.), *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Volume II. Part 1. Documents and Cases (documents), The Hague et al., 2000.
- MERON, Theodor, “International Criminalization of Internal Atrocities”, en *American Journal of International Law (AJIL)*, 89, 1995, pp. 554-577.
- “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, en *AJIL*, 90, 1996, pp. 238-249.
- MIR PUIG, Santiago, “Das Strafrechtssystem im heutigen Europa”, en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 35-44.
- MOCCIA, Sergio, “Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems”, en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 45-70.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Ontologismus versus Normativismus?”, en Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 69-91.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, Revista Penal (RP), 5, 2000, pp. 44-51.
- “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?”, en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 199-211 (asimismo en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Sonderheft zum 60. Geburtstag von Winfried Hassemer, 2000, pp. 121-131).
- MURMANN, Uwe, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlin, 1993.
- NEUMANN, Ulfrid, “Ontologische, funktionale und sozioethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips”, en Klaus Lüderssen (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 391-405.
- NILL-THEOBALD, Christiane, “Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts”, en *ZStW*, 109, 1997, pp. 950-972.
- “*Defences*” bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, Freiburg i.Br., 1998.
- NUZINGER, Thomas, SAUER, Dirk, “Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende”, en *JZ*, 2000, pp. 407-409.
- OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, Köln u.a., 2.^a ed., 1983.
- PERRON, Walter, “Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?” en *ZStW*, 109, 1997, pp. 281-301.
- “Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?”, en Albin Eser, Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 227-247.
- PRITWITZ, Cornelius, “Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa”, en *ZStW*, 113, 2001, pp. 774-799.
- RENIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.
- ROBINSON, Darryl, HEBEL, Herman von, “War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute”, en *Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)*, 2, 1999, pp. 193-209.
- RÖSSNER, Dieter, “Kriminalrecht als Kontrollinstitution”, en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., 1999, pp. 121-139.
- ROXIN, Claus, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133-150.
- *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlin, 1973.
- “‘Schuld’ und ‘Verantwortlichkeit’ als strafrechtliche Systemkategorien”, en Claus Roxin, Hans-Jürgen Bruns, Herbert Jäger (eds.), *Grundfragen der gesamten*

- Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin u. a., 1974, pp. 171-197.
- “Finalität und objektive Zurechnung”, en Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Eberhard Struensee, Diethart Zielinski (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln u.a., 1989, pp. 237-251.
 - *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., München, 1997.
 - “Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft”, en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 369-395.
- RYAN, Allan A. Jr., *Quiet Neighbors*, San Diego/New York/London, 1984.
- SCHABAS, William A., *Genocide in International Law*, Cambridge (England), 2000.
- *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2001.
- SCHEERER, Sebastian, “Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit? (Kommentar)”, en Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, pp. 345-355.
- SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26.^a ed., compiladores: Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree, Günter Heine, Walter Perron, Detlev Sternberg-Lieben, München, 2001 (cit.: S/S-Bearbeiter, Jahr).
- SCHULZ, Lorenz, “Tagungsbericht Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende”, en *ZStW*, 112, 2000, pp. 653-664.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, en Bernd Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, pp. 1-68.
- “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars”, en *GA*, 1986, pp. 293-352.
 - “Strafrechtssystem und Kriminalpolitik”, en Klaus Geppert, Joachim Bohnert, Rudolf Rengier (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1992, pp. 117-138.
 - “Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem”, en Raimo Lahti, Kimmo Nuotio, (eds.), *Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, Helsinki, 1992, pp. 157-174.
 - “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 149-182.
 - “Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland”, en Enrique Gimbernat, Bernd Schünemann, Jürgen Wolter (eds.), *In-*

- ternationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995, pp. 49-82.
- “Über die objektive Zurechnung”, en *GA*, 1999, pp. 207-229.
 - “Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende”, en *GA*, 2001, pp. 205-225.
 - “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en Bernd Schünemann, Wilfried Böttke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 1-32.
- SCHÜNEMANN, Bernd, HIRSCH, Andrew von, JAREBORG, Nils (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala Symposium*, Heidelberg, 1998.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, “Nürnberg und Vietnam”, en Boris Meissner, Edgar Tomson (eds.), *Festschrift für Rudolf von Laun zu seinem neunzigsten Geburtstag*, Köln, 1972, pp. 219-232.
- SHEFTEL, Yoram, *Defending “Ivan the Terrible”. The Conspiracy to Convict John Demjanjuk*, Washington D.C., 1996.
- SHENKER, Nina O., “United States v. Fedorenko: The Decision and its Implications for Nazi War Criminals in the United States”, en *Columbia Journal of Transnational Law (ColJTL)*, 20, 1981, pp. 365-382.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires, 1998.
- SIMMA, Bruno, “International Human Rights Law and General International Law: A Comparative Analysis”, en Academy of European Law (eds.), *Collected courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, 1995, Book 2, pp. 153-236.
- SIMMA, Bruno, PAULUS, Andreas, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, en *AJIL*, 93, 1999, pp. 302-316.
- “Le rôle relatif des différentes sources du droit pénal (dont les principes généraux de droit)”, en Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (eds.), *Droit international pénal*, Paris, 2000, pp. 55-69.
- SIMON, Dieter, “Kraftvoll zubeißen”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, Frankfurt a.M., 18.6.1999, p. 53.
- SOEFFNER, Hans-Georg, “Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen”, en Knut Amelung (eds.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, 2000, pp. 13-29.
- SOUSA E BRITO, José de, “Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”, en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 71-86.

- STAHN, Carsten, EIFFLER, Sven-R., "Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom", en *KritV*, 1999, pp. 253-277.
- STAUDER, Stefan, *Die allgemeinen defenses des New York Penal Law*, Frankfurt a.M., 1999.
- STRATENWERTH, Günter, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin, 1995.
- STRENG, Franz, "Schuld, Vergeltung und Generalprävention", en *ZStW*, 92, 1980, pp. 637-681.
- "Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", en *ZStW*, 101, 1989, pp. 273-334.
- SZABÓ, András, "Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?", en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., 1999, pp. 149-155.
- TIEDEMANN, Klaus, "Zum Verhältnis von Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts", en Raimo Lahti, Kimmo Nuotio (eds.), *Criminal Law theory in transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven*, Helsinki, 1992, pp. 280-289.
- "Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung", en Albin Eser, Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 411-434.
- TRIFFTERER, Otto, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i.Br., 1966.
- "Völkerstrafrecht im Wandel?", en Theo Vogler (eds.), *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, Berlín, 1985, pp. 1477-1503.
- "Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht", en Gerd Hankel, Gerhard Stuby (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg, 1995, pp. 169-269.
- "Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts", en *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, 1996, pp. 321-343.
- "Gewalt und Völkerstrafrecht – Ein neues Gewaltmonopol zur Bekämpfung von Gewalt?", en Klaus Lüderssen (eds.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III: Makrodelinquenz, Frankfurt a.M., 1998, pp. 272-376.
- "Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the International Criminal Court' vom 17. Juli 1998", en Karl-Heinz Gössel, Otto Triffterer (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, pp. 495-560.
- (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999.
- "Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender 'Elements of Crimes' für alle Tatbestände des Völkermords", en Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 1415-1445.

- UN-SECRETARY GENERAL, *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, S/25704 v. 3.5., 1993 (= Intern. Legal Materials, 1993, 1159).
- VERDROSS, Alfred, SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3^a ed., Berlin, 1984.
- VEST, Hans, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver verantwortlichheit*, Nomos, 2002.
- VITZTHUM, Wolfgang Graf, "Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts", en Ders. (eds.), *Völkerrecht*, Berlin-New York, 1997, pp. 1-100.
- VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.
- "Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts", en *JZ*, 1995, pp. 331-341.
- "Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law", en *GA*, 1998, pp. 127-150.
- WATZEK, Jens, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht. Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive*, Freiburg i.Br., 1997.
- WEIGEND, Thomas, "Comments on a Draft International Criminal Code", en *RIDP*, 52, 1981, pp. 497-506.
- "Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur", en *ZStW*, 105, 1993, pp. 774-802.
- "Zur Frage eines 'internationalen' Allgemeinen Teils", en Bernd Schünemann, Wilfried Bottke, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, München, 2001, pp. 1375-1399.
- WEIK, Beate, "Zum Stand der Reform des Allgemeinen Teils des Criminal Code of Canada", en *ZStW*, 106, 1994, pp. 853-868.
- WENIG, Jonathan M., "Enforcing the Lessons of History: Israel Judges the Holocaust", en Timothy L.H. McCormack, Gerry J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague-London-Boston, 1997, pp. 103-122.
- WETZEL, Ralf Günter, RAUSCHNING, Dietrich, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires. Die Wiener Vertragsrechtskonvention. Materialien zur Entstehung der einzelnen Vorschriften*, Frankfurt a.M., 1978.
- WIESBROCK, Katja, *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, Berlin, 1999.
- WOLTER, Jürgen, "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem", en Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln u.a., 1995, pp. 3-34.
- WRIGHT, Quincy, "Foreword", en United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, volume XV, London, 1949, pp. VII-XVII.
- ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat.*, Berlin, 1989.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000.
- ZWEIGERT, Konrad, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten”, en *RebelsZ*, 28, 1964, pp. 601-643.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, 1996.

Informes nacionales

ALEMANIA / Christoph Grammer

El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional.¹

El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina

1. El sistema del Estatuto de Roma

1.1. El principio de complementariedad

El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra deben castigarse. Velar por ello es, ante todo, obligación de cada Estado. En caso de que dicha persecución penal nacional resulte insuficiente por causas jurídicas o fácticas, en adelante los tres gravísimos crímenes antedichos podrán ser perseguidos por la Corte Penal Internacional (CPI), con lo cual se evitará la impunidad de los autores.

Estas tres ideas rectoras constituyen el elemento esencial del Estatuto de Roma, a saber, el principio de complementariedad (artículo 17.1.a y b del Estatuto).²

¹ El principio de complementariedad consagrado en el artículo 17 del Estatuto de Roma establece una conexión entre la CPI y los órganos penales nacionales. En la praxis, por tanto, resultará decisiva una estrecha cooperación (por ejemplo en el aseguramiento y evaluación de pruebas) entre ellos, que habrá de organizarse de forma distinta según los casos. No obstante, este planteo requiere estudios pormenorizados que no pueden ser objeto de esta exposición. Aun así, convengo con Hans-Werner Bußmann, jefe del equipo de tareas CPI del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores, en que en ese sentido está justificado hablar del “sistema del Estatuto de Roma”, por cuanto que en la praxis, presupuesta la voluntad y capacidad de las autoridades nacionales afectadas, la reconstrucción de un caso requiere la plena coordinación de las actuaciones entre aquellas y la CPI a efectos de la persecución penal.

² Sharon A. Williams, “Article 17. Issues of Admissibility”, en: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, nota 1 s.

1.2. *Efectos del principio de complementariedad*

1.2.1 *Elevado grado de aceptación del Estatuto de Roma*

El principio de complementariedad tiene un efecto evidente: supone una restricción relativamente leve de la soberanía de los Estados parte, por cuanto que cada Estado es libre de desactivar la competencia de la CPI si él mismo asume la persecución penal de forma eficaz.³ Este mecanismo es una de las principales razones del alto grado de aceptación alcanzado por el Estatuto de Roma a los pocos años de su aprobación: al cabo de cinco años —y a pesar del desplazamiento de la soberanía que conlleva— un total de 92 Estados (tendencia al alza) lo ha ratificado.⁴ Una recepción tan rápida de un tratado de tanto calado no tiene parangón en la historia del derecho internacional.

1.2.2. *¿Desarrollo del derecho penal internacional?*

Conforme al sistema del Estatuto de Roma, la persecución penal internacional ante la CPI constituye una contribución directa a la lucha contra la impunidad de los crímenes contra el derecho internacional, pero en virtud del principio de complementariedad esta intervención internacional directa sobre la base del Estatuto no es sino la segunda mejor solución posible, ya que solo entra en juego con carácter subsidiario, al fallar la persecución penal nacional.

Por consiguiente, los Estados que ratifican el Estatuto de Roma no solo patentizan su voluntad de admitir la persecución penal internacional de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sino que al mismo tiempo aceptan la persecución del crimen de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra como tarea nacional de máxima prioridad.⁵

Así pues, la institución de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma no supuso únicamente en el ámbito internacional un importante hito en la lucha contra la impunidad. Mucha mayor relevancia podría llegar a tener el hecho de que el sistema del Estatuto de Roma, en concreto el principio de complementariedad, ha proporcionado un impulso decisivo al desarrollo del derecho penal internacional a escala nacional.

Porque aunque los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma acepten la persecución de los crímenes contra el derecho internacional como tarea nacional relevante, hasta ahora los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, salvedad hecha de algunas normativas aisladas, por ejemplo en materia de genocidio, apenas si contienen normas de derecho penal internacional.

³ Ibídem, nota 20.

⁴ Ibídem, nota 16.

⁵ Esta obligación está mencionada explícitamente en el párrafo 6 del preámbulo (Otto Triffterer, "Preamble", en Triffterer (ed.), o. cit., nm. 17).

Por eso la incidencia del principio de complementariedad genera desde la perspectiva de los Estados parte un notable interés propio en dictar normas nacionales de derecho penal internacional,⁶ sea para subsanar esa contradicción entre la pretensión del Estatuto de Roma por una parte y el derecho penal nacional existente por otra o debido a motivos mucho más pragmáticos: si el derecho nacional dispone de los instrumentos necesarios para perseguir sin fisuras los crímenes contra el derecho internacional, una persecución penal efectiva permitirá evitar en cada caso concreto que la CPI ejerza su competencia.

De ahí que Alemania, en consonancia con el propósito de los redactores del Estatuto de Roma y la amplia corriente de opinión favorable a esta solución, sobre todo entre las organizaciones no gubernamentales, aprobara simultáneamente a la entrada en vigor del Estatuto de Roma un buen número de disposiciones penales. Las principales novedades legislativas se agruparon en el Código Penal Internacional y en la ley reguladora de la cooperación con la CPI.⁷

Por lo que respecta al Código Penal Internacional, es decir, a la adecuación del derecho penal material a los tipos penales recogidos en el Estatuto de Roma, la reforma en cuestión puede calificarse de contribución indirecta del Estatuto de Roma a la lucha contra la impunidad, por cuanto la incidencia que el Estatuto de Roma tiene aquí en la esfera nacional no se deriva de una obligación directa, tal como sucede por ejemplo en la cooperación de los Estados parte con la CPI, sino que opera por la vía del interés vital de los propios Estados parte, esbozada más arriba.

Así pues, el desarrollo del derecho internacional en los Estados nacionales se persigue como emanación o corolario del sistema del Estatuto de Roma, aunque es dudoso que se haya producido o vaya a producirse efectivamente, por cuanto solo se basa en el mencionado interés propio de los Estados.

En Alemania el derecho penal internacional de hecho experimentó el desarrollo en cuestión, trascendiendo incluso en algunos puntos al propio Estatuto de Roma, dado que en los crímenes de guerra, por ejemplo, también se incluyeron aspectos del derecho internacional consuetudinario. Ello no resulta sorprendente porque desde un principio la República Federal de Alemania fue uno de los grandes adalides del sistema del Estatuto de Roma. Para asegurar que la normativa del derecho penal internacional fuera lo más funcional, completa y coherente posible, en Alemania se siguió la vía de codificar la materia autónomamente, a saber, en el Código Penal Internacional (VStGB). Ahora bien, partiendo solo del caso alemán, hoy por hoy no es posible generalizar esa incidencia indirecta del Estatuto de Roma sobre el contenido y alcance de la trasposición al derecho nacional.

⁶ Albin Eser y Helmut Kreiker, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales”, en Ambos y Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 15 y ss.

⁷ La versión española del Código Penal Internacional se encuentra disponible en internet: <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltxt/vstgblspan.pdf> [consulta: 01.04.2004].

Idéntica reserva habrá de formularse probablemente con respecto a la evolución registrada en los demás Estados miembros de la Unión Europea, en algunos de los cuales también se observa un proceso de codificación nacional del derecho penal internacional.⁸ Para comprobar la existencia y el alcance de un efecto indirecto del Estatuto de Roma, el cual en virtud del principio de complementariedad motiva a los Estados parte a establecer normas de derecho penal internacional también a escala nacional, en el presente estudio se examinará en particular la situación en América Latina.

En los países de esta región el interés propio de los Estados miembros en establecer normas nacionales de derecho penal internacional, interés derivado del mencionado principio de complementariedad, se enfrenta a numerosos obstáculos de envergadura: no pocos de estos países siguen sufriendo hoy en día la impunidad a gran escala de los crímenes contra el derecho internacional⁹ que los convulsionaron hace poco tiempo. Además, en estos países también ocupan un lugar destacado en la agenda política otros problemas de vital importancia. En Europa el proceso de trasposición no se ve entorpecido por problemas económicos o sociales de ese calibre.

Si a pesar de todo se superan esos obstáculos y fuera posible constatar un desarrollo del derecho penal internacional en los países latinoamericanos, se habría hallado una valiosa y hoy todavía no disponible prueba de la eficacia del sistema del Estatuto de Roma en orden al desarrollo del derecho penal (internacional) en los ordenamientos políticos nacionales.

1.2.3. Planteamiento del estudio

A continuación se ofrecerá una visión de conjunto del grado de recepción del Estatuto de Roma en esta región del mundo, para comprobar si en los países en cuestión la incidencia del sistema del Estatuto de Roma también se traduce en un impulso a una reforma del derecho penal material que aporte el fundamento jurídico para combatir eficazmente la impunidad de los crímenes contra el derecho internacional.

En las conclusiones se examinará brevemente el enfoque del principio de complementariedad que manejan los Estados Unidos de América, habida cuenta también de las importantes consecuencias que conlleva para América Latina.

⁸ Existen leyes de implementación, por ejemplo, en Bélgica, Finlandia, Suiza y los Países Bajos.

⁹ Por “crímenes contra el derecho internacional” se entienden los *crimes under international law* (comp. Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 100) cuya punibilidad se deriva directamente del derecho penal internacional: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra.

2. El grado de recepción en América Latina como prueba de la eficacia del sistema del Estatuto de Roma

El primer país de la región en ratificar el Estatuto fue Belice,¹⁰ concretamente a principios del año 2000. Siguió Venezuela,¹¹ Argentina,¹² Dominica,¹³ Paraguay,¹⁴ Costa Rica,¹⁵ Perú,¹⁶ Ecuador,¹⁷ Panamá,¹⁸ Brasil,¹⁹ Bolivia,²⁰ Uruguay,²¹ Honduras²² y Colombia.²³ Chile,²⁴ México,²⁵ la República Dominicana,²⁶ Haití²⁷ y Guyana²⁸ han firmado el Estatuto. Los únicos países que no han firmado ni ratificado el Estatuto son El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala y Surinam.²⁹

Por consiguiente, América Latina y, en particular, Sudamérica, es, junto a Europa, la región del mundo donde se registra un mayor grado de aceptación de la CPI, en consonancia con la posición general de estos países, tendente a asegurar una persecución penal efectiva de los crímenes contra el derecho internacional.³⁰

Esta posición ya ha quedado palmariamente de manifiesto mediante la firma y ratificación de numerosos instrumentos de protección de los derechos humanos³¹ en los ámbitos internacional y regional. La Declaración de Santa Cruz de la Sierra del 15 de noviembre de 2003, adoptada en la XII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, ha vuelto a reiterar últimamente esta posición, al subrayar tanto la importancia de la CPI para castigar los crímenes contra el derecho internacional como la necesidad de que el Estatuto de Roma sea aceptado y ratificado universalmente. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, uno de los órganos principales de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha aprobado en términos inequívocos una resolución

¹⁰ Firma y ratificación el 5.4.2000.

¹¹ Firma el 14.10.1998; ratificación el 7.6.2000.

¹² Firma el 8.1.1999; ratificación el 8.2.2001.

¹³ Adhesión el 12.2.2001.

¹⁴ Firma el 7.10.1998; ratificación el 14.5.2001.

¹⁵ Firma el 7.10.1998; ratificación el 7.6.2001.

¹⁶ Firma el 7.12.2000; ratificación el 10.11.2001.

¹⁷ Firma el 7.10.1998; ratificación el 5.2.2002.

¹⁸ Firma el 18.7.1998; ratificación el 21.3.2002.

¹⁹ Firma el 7.2.2000; ratificación el 20.6.2002.

²⁰ Firma el 17.7.1998; ratificación el 27.6.2002.

²¹ Firma el 19.12.2000; ratificación el 28.6.2002.

²² Firma el 7.10.1998; ratificación el 1.7.2002.

²³ Firma el 10.12.1998; ratificación el 5.8.2002.

²⁴ 11.9.1998.

²⁵ 7.11.2000.

²⁶ 8.9.2000.

²⁷ 26.2.1999.

²⁸ 28.12.2000.

²⁹ Como departamento francés de ultramar, la Guayana Francesa no es autónoma.

³⁰ Ambos y Malarino, "Conclusiones preliminares", en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., p. 578.

³¹ Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

(Res. 1/03, del 24 de octubre de 2003) en apoyo de la CPI: “Exhortar a los Estados que aún no lo han hecho a ratificar los distintos instrumentos regionales e internacionales en la materia, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional”.

2.1. *Perspectivas de los países no miembros*

2.1.1. *Los no firmantes*

El Salvador³² no ha firmado ni ratificado el Estatuto de Roma; argumenta que contraviene las disposiciones de la Constitución. En este contexto se cita sobre todo el artículo 27, que prohíbe la cadena perpetua. En segundo lugar, se arguye que el Estatuto contraviene la Convención contra la Tortura: la cadena perpetua es una forma de trato inhumano y degradante. Por último, se formulan objeciones contra el Estatuto desde la perspectiva del principio *non bis in idem*.

Las últimas reformas (Código Penal en 1998, Constitución en 2000) no se han utilizado para preparar una ratificación o trasposición del Estatuto de Roma. Sin embargo, es de señalar que la reforma constitucional ha abierto la posibilidad de extraditar a nacionales salvadoreños bajo determinadas circunstancias. Con todo, considerada la situación política en su conjunto, en estos momentos parece sumamente difícil que se pueda promover una reforma constitucional que facilite la ratificación. Incluso los defensores de la CPI, entre los cuales se cuentan la procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, las iglesias, con restricciones también el partido opositor FMLN y el Ministerio de Relaciones Exteriores (frente a la posición contraria del Ejército, el partido gobernante ARENA y la Corte Suprema de Justicia), tienen reparos en promover una reforma constitucional, que en general se considera necesaria, a pesar de que la Constitución reformada prevé la extradición de ciudadanos del propio país. En su opinión, al intentar adecuar la Constitución al Estatuto de la CPI se corre el riesgo de poner en tela de juicio la Constitución en su conjunto. Sin embargo, nadie está interesado en comprometer a la ligera el resultado de las negociaciones de paz asentado en la Constitución.

En El Salvador no existe un interés prioritario en perseguir los crímenes contra el derecho internacional, ni siquiera los cometidos en su propio territorio. Así lo subrayan las reticencias del gobierno frente al Estatuto de Roma. Hasta ahora el gobierno se ha limitado a constituir una comisión interministerial encargada de preparar un informe sobre las necesarias correcciones al texto constitucional que habrá de someterse al Parlamento y a pedir de la asamblea legislativa un examen previo sobre la cuestión. Posiblemente ello se deba a que actualmente determinadas posiciones políticas clave son ocupadas por personas que durante la no tan lejana guerra civil estuvieron de una u otra manera implicadas en la comisión de los crímenes en

³² Martínez Ventura y Vaquerano Gutiérrez, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 305 y ss.

cuestión. Ello explica la inconsistencia de los esfuerzos realizados en este país con miras a la ratificación del Estatuto de la CPI.

Probablemente se deba a razones similares que al día de hoy el Estatuto de Roma tampoco se haya firmado ni ratificado en Nicaragua. En este país no existe un debate político interno sobre el tema. Por lo demás se remite a la situación constitucional, que impide la extradición de nacionales nicaragüenses y por tanto no es compatible con el Estatuto de Roma. Seguramente el titubeo de Nicaragua también obedezca a que el país no desea enemistarse con los Estados Unidos de América.

En Guatemala el gobierno solicitó a la Corte de Constitucionalidad un dictamen sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma. El alto tribunal no ha formulado objeciones. Actualmente se ocupa del asunto el Congreso, donde por tanto los adversarios del Estatuto en cualquier caso han perdido fuelle al no poder esgrimir el argumento de la inconstitucionalidad. Los adversarios del Estatuto también temen que desaparezca la impunidad para los crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Mientras el ex golpista Ríos Montt lleve la voz cantante en el Congreso no se puede contar con que se vaya a examinar la ratificación.

Surinam y Cuba tampoco han firmado ni ratificado el Estatuto.

2.1.2. Países en proceso de ratificación

2.1.2.1. Chile³³

Chile ha firmado el Estatuto de Roma y su gobierno ha impulsado la ratificación. El procedimiento de ratificación se puso en marcha el 6 de enero de 1999 y fue aprobado por la Cámara de Diputados el 22 de enero de 2002. No obstante, el Senado frenó el proyecto con el argumento de que la ratificación supondría una restricción de la jurisdicción penal y por tanto de la soberanía de Chile, razón por la cual la ratificación debería ir precedida de una reforma constitucional. Ante este telón de fondo, el 4 de marzo de 2002 treinta y cinco diputados recurrieron a la Corte Suprema. Mediante resolución del 6 de abril de 2002 el alto tribunal declaró inconstitucionales varios puntos del proyecto en el marco del control de normas preventivo.³⁴

Las expectativas de una pronta ratificación del Estatuto se han visto sustancialmente reducidas debido a esta evolución de los acontecimientos. El gobierno, la judicatura y, bajo las condiciones establecidas, también el Tribunal Constitucional abogan por la ratificación. También la doctrina exige desde la década de los setenta que los crímenes internacionales sean objeto de mayor atención en el derecho penal chileno. Además numerosos grupos sociales fundados para encarar las dolorosas experiencias

³³ Guzmán Dalbora, en: Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 163 y ss.

³⁴ El texto de la sentencia se reproduce en el boletín n° 2293-10 de la Cámara de Diputados de Chile; revisten especial interés los apartados 31, 45, 51, 55, 90 y 91.

vividas durante la dictadura y esclarecer en particular los incontables casos de desapariciones forzadas de personas respaldan intensamente la Corte Penal Internacional y la persecución penal de los crímenes contra la humanidad, de acuerdo con el principio del derecho universal.

El 12 de agosto de 2003 el Presidente sometió al Congreso un nuevo proyecto de ley sobre los derechos humanos, que también prevé la reforma constitucional necesaria para la ratificación del Estatuto de la CPI.

2.1.2.2. *México*³⁵

El 10 de diciembre de 2001, más de un año después de la firma del Estatuto de Roma, el gobierno mexicano sometió al Senado un proyecto de reforma del artículo 21 de la Constitución para facilitar la adhesión al Estatuto de Roma. Este proyecto fue rechazado prácticamente sin debate y solo gracias a la iniciativa de la coalición mexicana en favor de la CPI, un pequeño grupo de parlamentarios volvió a colocar el proyecto en la agenda legislativa: la reforma constitucional representa el último obstáculo en la senda hacia la ratificación del Estatuto de Roma por parte de México. Numerosas comisiones de expertos han consensuado finalmente un peculiar proyecto en virtud del cual tanto el reconocimiento de la jurisdicción internacional como la extradición de ciudadanos mexicanos requieren la aprobación del Senado. La compatibilidad de estas condiciones con el Estatuto de Roma es dudosa. Sin embargo, probablemente hayan sido esas condiciones las que han permitido que el Senado mexicano aprobara por mayoría de dos tercios esta modificación, con fecha 15 de diciembre de 2002. Falta todavía la aprobación por parte de la recién constituida Cámara de Diputados y de los Parlamentos de los Estados. El gobierno tiene el propósito de solicitar al Legislativo que conceda máxima prioridad al proyecto y confía en que la ratificación pueda efectuarse durante la primera mitad de 2004. En noviembre de 2003 la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI) centró su campaña publicitaria en México. La Secretaría de Relaciones Exteriores ya está elaborando una ley de aplicación.

Los adversarios del Estatuto se encuentran en el ala conservadora del largo tiempo gobernante PRI y aisladamente en el PAN, actual partido en el gobierno. La Secretaría de Defensa parece haber abandonado sus reservas, al igual que la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El gobierno, la gran mayoría del PAN y la Asociación Nacional de Abogados, aparte de numerosas organizaciones no gubernamentales, se posicionan inequívocamente en favor de la CPI. Los defensores de la Corte tienen que decidirse: pueden respaldar el dudoso procedimiento del Senado o bien pueden promover que la Cámara de Diputados reenvíe el proyecto al Senado. Sin embargo,

³⁵ Neri Guajardo, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 403 y ss.

esta segunda posibilidad entraña el riesgo de que el Senado interponga su veto y el correspondiente debate se aplase *sine die*. Con ello se torpedearía el proceso de reforma y la ratificación por parte de México se pospondría hasta un futuro lejano.

2.1.2.3. Otros países

Haití firmó el Estatuto en la temprana fecha de 1999. Sin embargo, todavía no lo ha ratificado. El Ministro de Relaciones Exteriores de Haití ha declarado que la ratificación está fuera de toda duda y que se efectuará en breve, y que el retraso se debe a los trámites burocráticos. La crisis política generalizada —que causó finalmente en la primavera del 2004 la caída del presidente— hace temer que Haití no procederá a ratificar el Estatuto en fecha próxima, máxime teniendo en cuenta que durante esta legislatura se han aprobado muy pocas leyes. No se puede descartar que la ratificación se posponga por insistencia de los Estados Unidos de América.

La República Dominicana, una vez firmado el Estatuto, parece tener serias dudas en ratificarlo. En octubre de 2002 la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores dirigió a numerosos órganos constitucionales una consulta relativa a la constitucionalidad del Estatuto de Roma. Una vez evacuados los informes, se espera que la Secretaría de Estado someta al Congreso una propuesta en relación con la ratificación. La Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores es uno de los más firmes defensores del Estatuto, pero no considera probable una pronta ratificación, dado que en mayo del año próximo se celebrarán elecciones presidenciales. La Comisión Nacional Permanente para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario ya se ha ocupado en una ocasión del proceso de aplicación —si bien sin resultados concretos— y seguirá haciéndolo en adelante. A pesar de la gran influencia de los Estados Unidos de América, se constata una actitud de principio favorable a la CPI, lo cual se deriva de la perspectiva latinoamericana.

En Jamaica la ratificación parece retardarse debido a la situación política exterior. Todas las fuerzas políticas están a favor del Estatuto de Roma.

No se dispone de información detallada sobre Guyana.

2.2. Los procesos de reforma en los Estados parte³⁶

En Argentina³⁷ se constituyó en agosto de 2002 una comisión interministerial a la cual se incorporaron numerosas ONG y representantes de la doctrina y que en febrero de 2002 presentó al Presidente de la Nación un proyecto de código penal

³⁶ Sobre Belice y Dominica no se dispone de información suficiente, de modo que no se incluyen en la siguiente relación. En Belice, concretamente, parece que no existen ni una trasposición al derecho nacional ni preparativos institucionales.

³⁷ Malarino, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 35 y ss.

internacional.³⁸ El 9 de octubre de 2002 el presidente sometió el proyecto de ley al Congreso; la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto empezó a examinarlo en marzo de 2003 y organizó una audiencia pública. Se espera que antes de que acabe el año 2003 el Senado vote la ley y la traslade a la Cámara de Diputados. Sin embargo, el 5 de noviembre de 2003 fracasó una votación sobre el proyecto por falta de quórum. Aparte del proyecto interministerial, circulan otros dos proyectos con menos expectativas de éxito, por ejemplo el del diputado Cafiero y el de sus colegas Rivas, González y Bravo, cuya meta es que los crímenes internacionales se incluyan en el Código Penal.

Después de una consulta con expertos el proyecto interministerial fue sorprendentemente retirado y perdió el rango parlamentario. El día nueve de marzo de 2003 el senador Yoma presentó un nuevo proyecto en el Parlamento, de momento el único que tiene rango parlamentario. Las perspectivas de este nuevo proyecto son inciertas. Ahora hay que esperar las próximas evoluciones legislativas.

En *Bolivia*³⁹ existen signos que apuntan hacia la implementación del Estatuto. Aunque todavía no se hayan dado pasos sustanciales con vistas a la trasposición, en setiembre de 2002 se inició en el Ministerio de Justicia la elaboración del correspondiente proyecto de ley de aplicación. Alemania se ha comprometido a ayudar a Bolivia en la aplicación del Estatuto a través de una organización de ayuda al desarrollo; está previsto constituir un grupo de trabajo a tal efecto en el Viceministerio de Justicia.

*Brasil*⁴⁰ ratificó el Estatuto de Roma con fecha 20 de junio de 2002. Las reformas para adecuar la Constitución aún no se han aprobado y será la correspondiente ley de ejecución la que aclare estos aspectos.

El Estatuto de Roma fue ratificado a causa de un dictamen del Ministerio de Asuntos Exteriores que fue muy discutido. Este dictamen declaró el texto en todos los puntos conforme a la Constitución. Pero cada vez más se discute la constitucionalidad del Estatuto. Por eso no se puede excluir que se prepare una ley de implementación que siga el ejemplo francés. En particular, se discute la imprescriptibilidad de los crímenes establecidos en el Estatuto, la cadena perpetua, la extradición de nacionales y el problema de las inmunidades.

Previamente a la ratificación del Estatuto de Roma, en el año 2001 en Brasil ya se creó una comisión encargada de la elaboración de un código penal internacional⁴¹ con tres objetivos definidos: crear normas penales en consonancia con el Estatuto, adecuar el derecho procesal y regular la cooperación con la Corte. Una vez que la comisión presentó su proyecto al Ministerio de Justicia, el 18 de octubre de 2002,

³⁸ El texto de este proyecto se encuentra disponible en internet: <<http://www.abogarte.com.ar/crimenescompetenciapi.htm>> [consulta: 02.04.2004].

³⁹ Santalla, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 83 y ss.

⁴⁰ Moura, de Figueiredo Steiner, Righi Badaró y Dal Maso Jardim, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 119 y ss.

⁴¹ Portaria n° 1036, del 13.11.2001.

algunas ONG aprovecharon en febrero de 2003 la posibilidad de formular observaciones. Actualmente el proyecto de ley se halla en fase de examen en la presidencia (Casa Civil) donde está siendo estudiado con todo detalle como “legado” del gobierno antecesor, a fin de asegurar que sea aprobado por el Congreso sin modificaciones sustanciales. El proyecto será trasladado al Congreso.

Con la mencionada ley, Brasil persigue el objetivo declarado de asegurar su propia soberanía frente a la persecución penal internacional. Brasil se ve en el papel de precursor del derecho penal internacional y tiene el propósito de aplicar el Estatuto de Roma —que es objeto de una amplia aceptación— en toda su extensión.

En Colombia⁴² no ha habido esfuerzos para adaptar el derecho material a las normas del Estatuto de Roma, pues ya antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, diversos tipos penales formaban dentro del ordenamiento nacional un cuerpo de derecho internacional penal. Por eso Colombia se considera preparada para una persecución penal efectiva.

Costa Rica⁴³ aprobó una ley de implementación en mayo de 2003, si bien no siguió la vía de la elaboración de un código penal internacional como Argentina o Brasil, sino que, antes bien, ha integrado los crímenes contra el derecho internacional en el Código Penal. Hasta la fecha no se ha regulado la cooperación con la Corte. Existe la posibilidad que los nuevos tipos sean revisados otra vez en el marco de una inminente reforma del Código Penal.

Ecuador ratificó el Estatuto de Roma el 5 de febrero de 2002, una vez que la Corte Suprema de Justicia le declaró la constitucionalidad. La implantación del Estatuto es ahora competencia de la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del Congreso. Sin embargo, hasta la fecha este órgano no ha presentado un proyecto de ley. En cambio, ya en octubre de 2002 se presentó el proyecto de ley de aplicación, con la participación de numerosas ONG y diputados de la Comisión del Niño y de la Mujer favorables a la iniciativa.

En su ley de ratificación Honduras designa las autoridades competentes para la solicitud de cooperación (artículo 87 del Estatuto de Roma) y se declara además dispuesto a recibir condenados de nacionalidad hondureña para que cumplan sus penas en el marco de la legislación nacional (artículo 103 del Estatuto de Roma). Según datos de la Coalición por la Corte Penal Internacional, ya ha iniciado su labor el comité encargado de la revisión de la Parte Especial del Código Penal y, en concreto, de los crímenes contra el derecho internacional.

En Panamá la Comisión Nacional Permanente para la Aplicación del Derecho Penal Humanitario, encargada de codificar los crímenes incluidos en el Estatuto de Roma y de regular la cooperación con la CPI, presentó un proyecto de ley a los

⁴² Aponte Cardona, en: Ambos/Malarino (eds.), o. cit., Montevideo, 2003, pp. 201 y ss.

⁴³ Hernández Balmaceda, en: Ambos/Malarino, o. cit., p. 259 y ss.

ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia, en mayo de 2003. Este proyecto ha de trasladarse al Parlamento por conducto del presidente.

En *Paraguay* se constituyó por decreto presidencial del 10 de diciembre de 2002 un comité interministerial para la implantación del Estatuto de Roma que según lo previsto debía presentar un proyecto de ley de aplicación en marzo de 2003. Se espera que el proyecto en cuestión esté listo para fines de la primera mitad del 2004. En todo caso el problema de la extradición de nacionales no existe en Paraguay.

En *Perú*⁴⁴ la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario está elaborando la ley reguladora de la cooperación con la CPI. Esta comisión propuso entretanto un proyecto de ley para adaptar el ordenamiento procesal. A mediados de setiembre de 2002 el gobierno instituyó además una segunda comisión encargada de adecuar el Código Penal y otras normas penales a las exigencias del Estatuto de Roma y otros tratados internacionales. La comisión está integrada tanto por representantes del gobierno como por científicos y miembros de organizaciones no gubernamentales. En abril de 2003 esta comisión presentó unas directrices para la armonización del Código Penal peruano con el Estatuto de Roma y concluyó la revisión de los crímenes contra el derecho internacional. El gobierno sometió a debate un proyecto de ley en marzo de 2003. El mandato de la comisión fue prorrogado por el gobierno hasta octubre de 2004.

Con fecha 18 de enero de 2003, el presidente *uruguayo* trasladó al Congreso el proyecto de código penal internacional del Ministerio de Justicia, que regula tanto los crímenes contra el derecho internacional recogidos en el Estatuto de Roma como la cooperación con la CPI. Cuatro días más tarde este proyecto se remitió a la Comisión Permanente de Constitución y Legislación del Senado. El 31 de octubre de 2003 la primera Cámara del Congreso aprobó el proyecto por unanimidad; las deliberaciones de la segunda Cámara comenzaron el 5 de noviembre de 2003. Es probable que el proyecto se apruebe en breve.

*Venezuela*⁴⁵ fue el primer Estado sudamericano en ratificar el Estatuto de Roma. La Comisión de Aplicación del Estatuto de Roma presentó un proyecto de adecuación del derecho penal vigente a las exigencias del Estatuto de Roma con fecha 25 de julio de 2002. Este proyecto prevé la reforma de numerosas disposiciones del Código Penal. Es de esperar que se apruebe antes de abril de 2004, dado que no se trata de un proyecto controvertido en el ámbito interno.

2.3. *Contenido de las reformas*

Los proyectos o leyes de aplicación existentes hasta la fecha responden a dos *modelos* distintos. Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay, al igual que Alemania, han

⁴⁴ Caro Coria, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit. (eds.), pp. 447 y ss.

⁴⁵ Modollet González, en Ambos y Malarino (eds.), o. cit., pp. 535 y ss.

optado por codificar la materia de forma autónoma en un código penal internacional. Panamá, Perú, Venezuela y Costa Rica se limitan a integrar el Código Penal existente e incorporar en su debido lugar los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma.

La *regulación de los distintos crímenes* responde esencialmente a las pautas del Estatuto de Roma o los elementos de los crímenes. Solo se registran diferencias en aspectos aislados; por ejemplo, el tipo brasileño de la “desaparición forzada de personas” es notablemente más amplio que el del Estatuto de Roma. Algunas leyes prescinden de una formulación propia y remiten directamente al Estatuto de Roma (Venezuela, Costa Rica, Uruguay). A la luz de los proyectos de ley presentados hasta la fecha, se constata que las flagrantes carencias de los ordenamientos jurídicos objeto de reforma en lo que respecta al castigo de los crímenes contra el derecho internacional quedarán subsanadas tras su adecuación al Estatuto de Roma. Tal como patentizan los numerosos proyectos de ley sobre la materia, la inexistencia prácticamente absoluta de los pertinentes tipos penales que todavía tuvieron que constatar Ambos y Malarino a principios de 2003, va perteneciendo inexorablemente al pasado.

El *alcance* de las medidas de aplicación jurídica varía considerablemente. En el caso de Honduras en estos momentos no se puede anticipar si las dos declaraciones sobre la cooperación con la CPI y el cumplimiento de las condenas en el marco de la ley de ratificación irán acompañadas de otras medidas de aplicación. Los países que han optado por un código penal internacional (Uruguay, Brasil, Argentina, Ecuador) también regulan dentro de este la cooperación con la CPI. En lo que respecta a los demás países, de momento no se puede predecir hasta qué punto las medidas de adecuación van a afectar no solo al Código Penal sino también a las leyes procesales y por ende a la cooperación con la CPI.

2.4. Resultados

I. Un examen transversal del grado de recepción del Estatuto de la CPI en América Latina y parte del Caribe refleja un dato ciertamente positivo: con notable *rapidez* —seis años después de la aprobación del Estatuto de Roma y tres desde su entrada en vigor— el Estatuto no solo ha sido firmado y ratificado por prácticamente todos los países de la región; todos los Estados parte han dado pasos sustanciales para trasponer el Estatuto al derecho nacional. En Costa Rica ya se ha aprobado la correspondiente ley de aplicación. Por lo que respecta al grado de recepción, esta región del mundo por tanto puede compararse perfectamente con Europa.

En lo que se refiere a los países no firmantes del Estatuto, sorprende su escaso número. Cuba, Nicaragua, Guatemala, Surinam y El Salvador son pocos países y, además, nadie suponía que fueran a adherirse en breve, habida cuenta de su pasado reciente.

Aparte de algunos países de menor tamaño, en estos momentos se hallan inmersos en el proceso de ratificación únicamente dos países, a saber, México y Chile. En

ambos casos los gobiernos preconizan expresamente la ratificación pero se enfrentan con el problema de que esta requiere una reforma de la Constitución y para ello dependen del respaldo de los partidos de la oposición, mucho más reticentes.

Los Estados parte latinoamericanos del Estatuto de Roma constituyen la gran mayoría. Resulta especialmente satisfactorio que, a excepción de Colombia, ya al poco tiempo de la ratificación, o incluso antes de esta, todos estos países hayan realizado *esfuerzos para adecuar su derecho nacional a las normas del Estatuto de Roma*. En algunos países, entre ellos Estados tan importantes como Brasil o la Argentina, estas reformas están muy avanzadas. En Costa Rica incluso ya se han incorporado a la legislación interna. Es de destacar que muchos países no se han limitado a adecuar el derecho existente sino que tienen previsto —de forma similar a Alemania— sancionar con carácter general los delitos contra el derecho nacional mediante un código *ex profeso*.

Por tanto, en América Latina se observa con toda nitidez que la firma y la adhesión al Estatuto de Roma también inciden de forma mediata en el derecho penal material. Aunque preconice la adecuación del derecho penal nacional, el Estatuto de Roma a fin de cuentas no contiene normas obligatorias para los Estados en este sentido, a pesar de lo cual todos los Estados parte latinoamericanos han puesto en marcha reformas de su derecho penal. Ello es una muestra inequívoca de la *eficacia del sistema del Estatuto de Roma*, que a través del principio de complementariedad concede inequívocamente primacía a la persecución penal a escala nacional. A pesar de grandes reticencias, este principio fue asumido por los países latinoamericanos y se ha traducido en prácticamente todos estos países en la puesta en marcha de medidas de implementación. En todos los países se impulsan proyectos de ley que tienen por objeto el castigo de los crímenes contra el derecho internacional. Como efecto indirecto del Estatuto de Roma, esta evolución resulta ciertamente sorprendente, al poderse constatar que el sistema del Estatuto de Roma está incidiendo amplia y positivamente sobre el derecho penal (internacional) material de los Estados parte.

Este proceso de ajuste del derecho penal internacional en el ámbito nacional todavía se halla en plena fase de desarrollo, por lo que habrá de seguirse con máxima atención hasta que arroje resultados definitivos. Existen motivos sobrados para confiar en que a la postre llegará a buen puerto: en Costa Rica ya es ley. En Uruguay, Venezuela y también en Brasil es inminente la implantación de normas nacionales de derecho penal internacional. Así pues, aunque no hayan concluido definitivamente los procesos de reforma arriba descritos, ya se puede calibrar la importante *incidencia mediata* del Estatuto de Roma sobre el derecho penal material —sin establecer normas imperativas— y por ende su decisivo impulso en orden a la creación de un derecho penal internacional a escala nacional. Precisamente esa era la intención del sistema del Estatuto de Roma.

Por último, la vigencia del principio de complementariedad también se traduce en un *impulso general* al desarrollo del derecho penal internacional como tal, dado

que en cada reforma a escala nacional se plantea la cuestión de la virtualidad del derecho penal internacional y en este contexto bien puede ocurrir que —como en el caso alemán— surjan leyes que trasciendan el Estatuto de Roma.

El sistema del Estatuto de Roma y con él el principio de complementariedad han pasado a ser, por tanto, una *fuerza motriz del derecho penal internacional* que trasciende con creces las disposiciones concretas del Estatuto. En la actualidad la gran fuerza de atracción del sistema se está imponiendo en América Latina frente a las múltiples reticencias con que se ve confrontada en estos países la creación a escala nacional de un derecho penal internacional material.

3. Observación final:

El sistema del Estatuto de Roma y los Estados Unidos de América

3.1. La posición de los Estados Unidos de América

Los Estados Unidos de América son el país más importante e influyente del continente americano, razón por la cual a continuación se examinará brevemente la posición de este país en la materia objeto de estudio.

Hasta la fecha el Estatuto de Roma ha sido firmado por 132 países, habiéndose adherido al sistema un total de 92 Estados. En Europa y —como ha puesto de manifiesto el presente estudio— en igual medida en América Latina este sistema no establece únicamente una competencia (subsidiaria) de la CPI para juzgar los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el Estatuto, sino que, como se ha visto, el principio de complementariedad también impulsa el desarrollo del derecho penal internacional dentro del derecho penal nacional. A pesar de estas corrientes internacionales los Estados Unidos de América, es decir, la única superpotencia que todavía existe en el mundo, siguen oponiéndose al sistema del Estatuto de Roma.

Para los Estados Unidos de América este sistema constituye una normativa inaceptable. Por cierto, al igual que la mayoría de los Estados parte, tratan de evitar en todo caso que sus propios ciudadanos puedan ser enjuiciados por la CPI. Pero, a diferencia de los casi cien Estados parte en el Estatuto de Roma, los Estados Unidos de América recelan del elemento nuclear del Estatuto, a saber, el principio de complementariedad, en virtud del cual la competencia de la CPI y por tanto también la persecución penal de los ciudadanos del propio país es susceptible de evitarse mediante una persecución penal eficaz en el ámbito interno. De ahí que los Estados Unidos de América hayan optado por seguir una línea propia, en tanto que en América Latina y Europa, con miras a evitar la condena de los propios nacionales, se han adoptado medidas legislativas orientadas a descartar a escala nacional la impunidad de los tres crímenes que hoy por hoy abarca la jurisdicción de la CPI.

En concreto, los Estados Unidos de América por una parte han anulado su firma del Estatuto de Roma. Como Estado no parte, los Estados Unidos de América no se

ven afectados por ninguna de las obligaciones derivadas del Estatuto. Los Estados Unidos de América no están obligados a entregar a la Corte a nacionales estadounidenses.

Sin embargo, lo anterior no descarta absolutamente que un nacional estadounidense sea entregado a la CPI por un Estado parte (por ejemplo, Afganistán) en el cual haya cometido uno de los crímenes objeto de la jurisdicción de la Corte (por ejemplo, el crimen de genocidio). En tal supuesto la entrega sería competencia exclusiva del Estado parte (en el ejemplo indicado, Afganistán), por cuanto en virtud del principio de territorialidad —el hecho fue cometido en su territorio— indubitadamente a él corresponde la persecución del hecho. Claro que ello colisiona con el interés de los Estados Unidos de América de evitar que sus propios ciudadanos sean enjuiciados por la CPI. En consecuencia, los Estados Unidos de América ejercen una considerable presión política en el marco de una campaña de gran alcance por medio de la cual están tratando de concertar con todos los Estados lo que se ha dado en llamar acuerdos de no entrega, que, como su nombre indica, prohíben en tales supuestos la entrega de ciudadanos estadounidenses a la CPI.⁴⁶ En este contexto es de destacar que, aunque los acuerdos en cuestión excluyan la entrega a la CPI, los Estados parte no se ven privados de la posibilidad de encauzar la persecución a través de sus tribunales nacionales.

La política que siguen actualmente los Estados Unidos de América frente a la CPI no es sino la consecuencia de un profundo recelo hacia el principio de complementariedad. ¿Está justificado ese recelo?

En principio resulta difícilmente imaginable que en el supuesto de que un ciudadano estadounidense cometa un crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra no sea perseguido por los tribunales de su país y su crimen quede impune. En este contexto seguramente ningún país merece más confianza previa que los Estados Unidos de América, siendo como son una de las democracias más antiguas y estables del mundo y habiéndose consagrado desde su misma fundación a la defensa de los derechos humanos con un grado de compromiso prácticamente sin parangón en el mundo.

Por tanto, resulta comprensible que los Estados Unidos de América teman fundamentalmente una aplicación abusiva del principio de complementariedad: a su juicio existe el riesgo de que se formulen acusaciones motivadas exclusivamente por factores políticos, riesgo que podría limitar gravemente su capacidad de actuación política. A este propósito hacen observar que ello se vería agravado por el hecho de que tienen acantonados muchos efectivos fuera de su territorio en misiones que en un buen número de casos encierran considerables dificultades.

Los autores del Estatuto desde luego eran conscientes del riesgo de abuso del sistema instituido en él. Por eso el Estatuto de Roma contiene numerosos mecanismos jurídi-

⁴⁶ La legítima pregunta acerca de la admisibilidad de tales acuerdos a la luz del derecho internacional excede los límites de este estudio.

cos preventivos para asegurar la vigencia del principio de complementariedad, incluyendo por ejemplo la existencia de una Sala de Cuestiones Preliminares, órgano judicial autónomo encargado de resolver sobre la admisibilidad de la causa y por tanto también sobre la existencia de eventuales abusos por motivos políticos en las causas que sean sometidas a la Corte.⁴⁷ Estos mecanismos forman parte integrante del sistema del Estatuto y han persuadido a muchos países que se encuentran en una situación similar a la de los Estados Unidos al tener acantonados en el extranjero a un gran número de soldados, a saber, Gran Bretaña, Francia, Alemania o Polonia, entre otros.

Si se diera el más que improbable caso de que estos mecanismos de refuerzo del principio de complementariedad fallaran frente a una acusación espuria, los Estados Unidos de América seguirían teniendo a disposición su excepcional influencia política, la cual no debería subestimarse, como patentiza la campaña internacional a través de la cual están promoviendo la conclusión de acuerdos bilaterales de no entrega. Tampoco la persecución penal de ciudadanos de los Estados Unidos en Bélgica pudo ignorar esta circunstancia.

Por consiguiente, el riesgo de que se sometan a la CPI causas dirigidas contra ciudadanos de los Estados Unidos es mínimo:

- en primer lugar, por la vigencia del principio de complementariedad,
- en segundo lugar, por la existencia en el propio sistema del Estatuto de Roma de mecanismos jurídicos que refuerzan el antedicho principio, y
- por último, por el formidable poder político al que siempre pueden recurrir los Estados Unidos de América.

Ante este trasfondo urge un replanteamiento de la posición de los Estados Unidos frente al Estatuto de Roma. Como patentiza la decantación del derecho penal internacional en los países latinoamericanos, el sistema ya ha logrado importantes éxitos en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, incluso ya antes de que la CPI haya admitido a trámite su primer caso. Por tanto, los Estados Unidos de América al menos deberían cuestionarse su oposición abierta contra la CPI y abandonar sus recelos frente al principio de complementariedad, tal como ha hecho un número creciente de los entretanto casi cien Estados parte del Estatuto de Roma.

3.2. *Consecuencias de la posición estadounidense para América Latina*

Como hoy por hoy no han corregido su posición, los Estados Unidos también vienen realizando intensas gestiones en América Latina y el Caribe con miras a lograr la conclusión de acuerdos bilaterales de no entrega.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los arts. 15 (4) y 17 del Estatuto de Roma.

No resulta fácil ofrecer una visión de conjunto sobre el grado de difusión de este tipo de acuerdos, dado que su conclusión no siempre es transparente: Bolivia y El Salvador han firmado tales acuerdos con total discreción. En el ámbito oficial la conclusión de acuerdos de no entrega hasta la fecha sólo ha sido confirmada en Colombia y en Bolivia, una vez que se había desvelado el secretismo del procedimiento. Los datos relativos a los demás países proceden en su mayoría de informaciones facilitadas por la prensa. Así pues, no es de extrañar que con respecto a Guyana la por lo demás bien informada Coalición por la Corte Penal Internacional ni siquiera pueda afirmar a ciencia cierta si este país ha concluido o no con los Estados Unidos un acuerdo de no entrega. Por consiguiente, los datos que se ofrecen a continuación han de considerarse con todas las cautelas.

Al día de hoy han ratificado acuerdos de no entrega Nicaragua y Honduras, Estado parte en el Estatuto. Con Colombia y Antigua-Barbuda, que también son Estados parte, los Estados Unidos han concertado los correspondientes *executive agreements*. La República Dominicana y El Salvador han firmado este tipo de acuerdos. Lo mismo cabe afirmar de otros dos Estados parte, a saber, Panamá y Bolivia. En Bolivia la ley de ratificación está siendo tramitada en el Congreso. Aparte de Colombia, por ahora solo han cedido a las presiones de los Estados Unidos países más pequeños.

En América Latina y el Caribe existen frente a los Estados Unidos múltiples y diversas dependencias en el plano económico, militar y cultural, así como desde el punto de vista de la política de desarrollo y la política de seguridad. Estas dependencias son especialmente acusadas en el caso de Honduras, que recibió más de mil millones de dólares tras la catástrofe del huracán Mitch, así como en Costa Rica, que no dispone de un ejército propio y depende de la protección de los Estados Unidos de América; Panamá, Ecuador y Colombia, que reciben ingentes ayudas de los Estados Unidos; y otros países más pequeños como El Salvador, Guatemala, Haití y Jamaica. Venezuela es el único país que, a pesar de depender en buena medida de los Estados Unidos de América, mantiene una posición de rechazo frente a este país.

Para ejercer presión, los Estados Unidos de América se valen sobre todo de las dependencias existentes en el ámbito militar. La American Service Members Protection Act permite recortar la ayuda militar a un país si este se niega a firmar un acuerdo de no entrega. El único país expresamente excluido de esta normativa es la Argentina. Pero la actuación estadounidense ciertamente no se restringe a este ámbito. Según fuentes periodísticas, en Perú los Estados Unidos asocian las negociaciones sobre un acuerdo de libre comercio a la firma de un acuerdo de no entrega. En lo que respecta a los países del CARICOM, que no consensuaron una posición conjunta frente a los Estados Unidos de América, se distingue nítidamente entre Estados parte y Estados no parte. En ocasión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el presidente estadounidense únicamente se reunió con los jefes de Estado de los países no parte, en tanto que al parecer se suprimió la ayuda militar a los Estados parte.

Las reacciones ante la actuación de los Estados Unidos son dispares. Algunos Estados han concertado este tipo de acuerdos o han impulsado su celebración. Argentina, Brasil, Costa Rica, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela han rechazado públicamente la celebración de acuerdos de no entrega a pesar de la presión ejercida por los Estados Unidos de América. Ecuador y Belice, ambos Estados parte (hasta la fecha) no han concertado acuerdos de no entrega con los Estados Unidos de América.

En conclusión, la concertación de acuerdos de no entrega constituye una violación del Estatuto de Roma. Sin embargo, el creciente número de acuerdos de no entrega en América Latina no significa que se esté alterando la convicción política de fondo, que en América Latina sigue siendo claramente favorable a la CPI. Los acuerdos de no entrega son, antes bien, resultado de una considerable presión por parte estadounidense, que no han podido resistir sobre todo países más pequeños o Estados que se hallan en una situación de especial dependencia frente a los Estados Unidos de América. Países grandes como la Argentina o Brasil hasta la fecha no han variado sus posiciones. Y también otros países más pequeños como Uruguay, Costa Rica o Paraguay resisten a pie firme tal influencia.

La Unión Europea poco puede contraponer a esta presión. No puede contrarrestar las múltiples dependencias frente a los Estados Unidos. Debería tratar de evitar una carrera con los Estados Unidos de América, carrera que a la larga solo puede perder. Esto no obsta para que la Unión Europea, siempre que conozca de algún caso, haga gestiones contra la conclusión de este tipo de acuerdos, en aras de la fiabilidad de su punto de vista favorable a la CPI y también para que aquellos Estados que han violado el Estatuto de Roma concluyendo un acuerdo de no entrega entonen el mea culpa y a fin de cuentas se reafirmen en su posición esencialmente favorable a la CPI.

O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas

1. O Anteprojeto de Lei

O anteprojeto de lei visando a adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,¹ que pretendemos analisar o aspecto de sua constitucionalidade, procura atender a duas finalidades principais: 1) possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro; 2) viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Para a elaboração do anteprojeto de lei foi criada uma comissão, no âmbito do Ministério da Justiça.

Após a conclusão de uma primeira fase dos trabalhos da comissão, a primeira versão do anteprojeto de lei foi submetida à consulta pública, tendo sido apresentadas algumas sugestões de alteração.

Numa segunda fase dos trabalhos, a comissão fez algumas poucas mudanças na versão original, que alteraram, basicamente, aspectos formais do anteprojeto, sem contudo modificá-lo em sua substância.

O Ministério da Justiça encaminhou o anteprojeto de lei para a Presidência da República. Após parecer da Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, foi constituída nova comissão, agora no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos, para revisão do anteprojeto, cujos trabalhos ainda estão em curso.

* Este trabajo fue elaborado por el autor en el marco de su pertenencia al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

¹ O Estatuto de Roma foi aprovado em Roma, em 17 de julho de 1998, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo decreto legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

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 com o Tribunal Penal Internacional está prevista no título VI. Finalmente, as normas processuais estão contempladas no título VII.

O Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores já se manifestaram pela constitucionalidade do Estatuto de Roma, considerando-o plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira, reconhecendo, contudo, que há pontos que podem gerar dúvidas sobre sua constitucionalidade.

Assim, para maior segurança jurídica, do ponto de vista constitucional, seria conveniente a obtenção de um “endosso explícito” ao Estatuto de Roma, evitando alegações de inconstitucionalidade.

Já tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 203/2000, de autoria do então deputado federal, e que atualmente é secretário nacional de Direitos Humanos, Nilmário, que acrescenta um § 3º ao artigo 5º da Constituição da República, sendo o seguinte o teor do dispositivo:

§ 3º A República Federativa do Brasil poderá reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições previstas no Estatuto aprovado em Roma no dia 17 de julho de 1988.

Tal solução tem nítida inspiração francesa, que também promoveu uma emenda constitucional que acrescentou um art. 53-2, no título VI de sua Lei Suprema, reconhecendo a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições previstas no Estatuto de Roma.

Os principais pontos que têm sido apontados pela doutrina como hipóteses de possíveis inconstitucionalidades são:

1. Exceções ao princípio do respeito à coisa julgada (art. 20 do Estatuto);
2. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional será exercida não obstante imunidades e prerrogativas de foro por exercício de função previstas no direito interno (art. 27 do Estatuto);
3. Imprescritibilidade dos crimes (art. 29 do Estatuto);
4. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional (art. 58 do Estatuto);
5. Previsão da pena de prisão perpétua (art. 77 do Estatuto); e
6. Ausência de individualização de penas para cada um dos tipos penais (arts. 77 a 80 do Estatuto).

Dentre estes, somente dois pontos poderão ser invocados, também, em relação ao Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma: (1) Imprescritibilidade dos crimes (art. 3º do anteprojeto); (2) a possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional (art. 103 e segs. do anteprojeto).

Como relação às penas, o anteprojeto não prevê nem a pena de morte, nem a pena de prisão perpétua. Além disto, todos tipos penais cominam expressamente as penas mínimas e máximas, segundo a gravidade da conduta. Ressalte-se, apenas, que atualmente há crimes de guerra que são punidos com a pena de morte, o que é compatível com o art. 5º, inc. XLVII, letra “a”, da Constituição.

De outro lado, o anteprojeto, não trata das questões relativas à exceção ao princípio da coisa julgada (art. 20 do Estatuto), nem da inoponibilidade das regras internas de imunidades e prerrogativas de foro, por exercício de função, em face do Tribunal Penal Internacional (art. 27 do Estatuto).

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

O Anteprojeto estabelece, em seu art. 3º, que:

Art. 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 art. 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 (art. 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.²

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 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.

² Maria Regina Trippo. *Imprescritibilidade penal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 94; Fábio Guedes de Paula Machado. *Prescrição penal – prescrição funcionalista*, São Paulo, RT, 2000, p. 173.

No direito internacional há forte posicionamento no sentido da imprescritibilidade de 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*.³

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 sim pela previsão de que a imprescritibilidade seria aplicada retroativamente (art. 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 art. 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 art 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 art. 102, § 3º, do Código Penal de 1997; a *Constituição da Venezuela*, de 1999, em seu art. 29, prevê a imprescritibilidade das ações referentes aos delitos de lesa-humanidade, às violações graves de direitos humanos e aos crimes de guerra.

3. A possibilidade de entrega de nacionais ao TPI

A previsão de *entrega* de nacionais ao Tribunal Penal Internacional encontra-se contida no art. 58 do Estatuto de Roma. Para dar efetividade a esta regra, o anteprojeto estabelece, no título VI - "Da Cooperação com o Tribunal Penal Internacional", arts. 103 e seguintes, a possibilidade de entrega de cidadãos brasileiros ao Tribunal Penal Internacional.

A princípio, poder-se-á argumentar com uma eventual inconstitucionalidade deste dispositivo, diante do que dispõe o artigo 5º, LII, da Constituição da República, que assegura:

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.

³ 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.

Advoga a favor da constitucionalidade, agora, a circunstância ponderável de que o Estatuto de Roma, em seu art. 102, teve o cuidado de distinguir claramente entre *extradição de um indivíduo de um Estado para outro Estado* e *entrega de um indivíduo de um Estado para o Tribunal Penal Internacional*. Na *extradição* há “relações horizontais” entre Estados soberanos. Na entrega há “relações verticais” entre o Tribunal e os Estados.⁴

A diferença fundamental, contudo, consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar de uma forma justa, independente e imparcial, os crimes mais atrozes contra a dignidade humana no contexto de conflitos armados. Na condição de órgão internacional, que visa a realizar o bem-estar da sociedade mundial, a *entrega* de um acusado de perpetrar tais delitos ao Tribunal não pode ser comparada à *extradição*.

Ademais, uma das principais causas da não-extradição de nacionais — a idéia de que pode haver parcialidade na justiça estrangeira — não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porque neste os crimes estão nitidamente cominados no Estatuto, suas normas processuais são bastante garantistas e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas.

Além disto, é essencial para que se garanta a efetiva administração da justiça penal internacional que esta tenha a faculdade de determinar que os acusados pela prática dos crimes reprimidos pelo Estatuto sejam colocados à disposição do Tribunal. Seria inútil o esforço de criar o Tribunal Penal Internacional caso não se confira ao mesmo o poder de determinar que os acusados sejam compelidos a comparecer em juízo.

Por outro lado, é importante sublinhar que o Tribunal Penal Internacional não será uma *jurisdição estrangeira*, mas uma jurisdição internacional, de cuja construção o Brasil participa, e terá, portanto, um vínculo muito mais estreito com a justiça nacional.

Logo, a previsão de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida no Estatuto de Roma, não fere o artigo 5º, LII, da Constituição da República.⁵

4. Conclusões

Em suma, provavelmente serão levantadas, contra o anteprojeto, as mesmas objeções de que num ou noutro ponto o Estatuto de Roma seria incompatível com a Constituição brasileira. Porém, existem argumentos apreciáveis em prol da constitu-

⁴ Sylvia Helena Figueredo Steiner, “Tribunal Penal Internacional – A proteção dos direitos humanos no século XXI”, *Revista dos Advogados*, nº 67, ago. 2002, p. 80; André Carvalho Ramos, “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, em Choukr, Fauzi Hassan; Ambos, Kai (orgs.), *Tribunal penal internacional*, São Paulo, RT, 2000, p. 270.

⁵ Nesse sentido: Steiner, *idem*, *ibidem*.

cionalidade do anteprojeto, e os argumentos contrários são fruto muito mais de posições políticas ou ideológicas contrárias ao Tribunal Penal Internacional, do que fruto de uma exegese jurídica e dogmática do Estatuto.

Acrescente-se, por fim, que a Constituição brasileira, no art.7º, das “Disposições Constitucionais Transitórias”, afirma que o país propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Esse tribunal é o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma. Logo, a interpretação que se pode extrair desse dispositivo é de que não podemos utilizar a própria Constituição para impedir ou dificultar o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, tribunal este criado justamente para combater graves violações de direitos humanos.⁶

Bibliografia

- MACHADO, Fábio Guedes de Paula, *Prescrição penal – prescrição funcionalista*, São Paulo, RT, 2000.
- RAMOS, André Carvalho, “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, em CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.), *Tribunal penal internacional*, São Paulo, RT, 2000.
- STEINER, Sylvia Helena Figueredo, “Tribunal Penal Internacional – A proteção dos direitos humanos no século XXI”, *Revista dos Advogados*, nº 67, ago. 2002.
- TRIPPO, Maria Regina, *Imprescritibilidade penal*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.

⁶ André Carvalho Ramos, “O Estatuto...”, p. 270.

CHILE / José Luis Guzmán Dalbora

Crímenes internacionales y prescripción*

1. Esta intervención tiene por objeto exponer y discutir someramente el efecto imprescriptible de los crímenes contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y otros documentos supraestatales. Nuestra aproximación al tema tendrá como base el fundamento de la prescripción, con especial referencia a la actual disciplina de esta en el derecho penal del país de que es ciudadano el autor, o sea, Chile. Pero es posible y correspondería a su deseo que las reflexiones que siguen, más allá de esa limitación espaciotemporal, sean de algún interés para los juristas de otras naciones y sus ordenamientos internos.

Sírvanos como punto de partida una disposición del Código Procesal Penal, cuerpo normativo que ha empezado a regir gradualmente desde diciembre de 2000 y que abarcará todo el territorio chileno a mediados de 2005. El artículo 250, al regular las condiciones de procedencia del sobreseimiento definitivo de una investigación penal, determina que debe ser decretado, entre otras situaciones, cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por alguno de los motivos establecidos legalmente.¹ Sin embargo, a renglón seguido añade una excepción al tenor de la

¹ Tales motivos son enumerados en el artículo 93 del Código Penal: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, el perdón del ofendido en los delitos de acción privada, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. Cf. Guzmán Dalbora, *De la extinción de la responsabilidad penal*, en *Texto y comentario del Código penal chileno*, tomo I (único publicado). Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, con la coordinación de Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 433-487. El Código Procesal Penal agrega dos factores adicionales de efecto extintivo: el cumplimiento del plazo fijado para la suspensión condicional del procedimiento (artículo 240) y la aprobación judicial de un acuer-

cual el juez no podrá disponerlo “respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados”.² Esta salvedad representa una norma inédita en el ordenamiento vernáculo. Su inserción al interior de los demás preceptos sobre la extinción de la responsabilidad y el cierre resultante de los procesos penales entraña dificultades, las que no son tanto de lógica ni de categorismos jurídicos, sino tienen índole axiológica y, por tanto, condicionan la construcción según fines valorados, como quiera que el que comentamos contradice un principio fundamental e inconcuso del derecho penal chileno.

En efecto, una tradición centenaria quiso en él, como en la mayoría de los países de la cultura jurídica a que pertenece, que todos sus delitos y penas prescriban en los plazos y según las formas previstos por la ley. El derecho nacional está lejos de contemplar delitos o penas de perpetua memoria jurídica, hecho subrayado por la doctrina y que la jurisprudencia viene acatando de antiguo.³ Sólo parecen sustraerse a la prescripción ciertas puniciones propias del derecho penal castrense, a saber, las de degradación, destitución, separación del servicio y pérdida del estado militar, que el Código del ramo considera, con terminología por demás desafortunada, “siempre de carácter permanente e imprescriptible”.⁴ Con todo, una mirada más atenta nos descubre aquí que la ley *magis dixit quam voluit* o, si se prefiere, que acuñó derechamente una cláusula vacía. Pues siendo tales penas accesorias de otras principales, a cuya imposición judicial queda supeditada su existencia, y por prescribir todas estas en los términos fijados por el artículo 97 del Código Penal,⁵ resulta que con el cumplimiento de los plazos correspondientes a las penas principales se extinguirán también las accesorias.⁶ Por modo que, una vez despejados los ribetes engañosos de la norma en palabra, se reafirma el principio de que partimos, la absoluta prescriptibilidad de delitos y penas.

do de reparación entre imputado y víctima (art. 242). Cf. Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 575-577.

² Reserva hecha de que el inculcado o acusado haya fallecido o cumplido su condena.

³ Cf. Fontecilla Riquelme, *Tratado de derecho procesal penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. III, 2ª ed., 1978, pp. 170 y ss. (3 vols. publicados).

⁴ Artículo 219 del Código de Justicia Militar, aprobado por el decreto-ley n° 806, de 23 de diciembre de 1925, que es la ley penal militar del país y permanece en vigor, con múltiples modificaciones, hasta nuestros días.

⁵ Quince y diez años en el caso de los crímenes, cinco años para los simples delitos y seis meses tratándose de faltas. Téngase presente que rige en Chile el sistema tripartito de clasificación de los delitos según su gravedad.

⁶ El Código Penal, que regula de modo asaz minucioso la prescripción, ordena en su artículo 105 que las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito —lo que incluye las oriundas de una pena accesoria— sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena (principal).

Esto aparte, el renacimiento contemporáneo de las excepciones a la prescripción se ciñe, en general, a ciertos crímenes de particular gravedad y proyección cosmopolita. El Estatuto de Roma, con su disposición sobre la imprescriptibilidad de los delitos de competencia de la Corte, es una clara muestra de ello.⁷ Ahora bien, la interrogante de si puede infundirse vida a dichas excepciones en el derecho interno, como pretende el Código Procesal Penal, requiere establecer antes dos cosas: primero, que los crímenes internacionales estén incorporados al catálogo de tipos delictivos vigente en el país; segundo, que el Estado haya adherido en forma a los documentos que acuerdan a tales crímenes las secuelas que nos interesan y que el transcurso del tiempo sería incapaz de cancelar.

Ambas exigencias carecen de respaldo positivo. El derecho penal chileno, así el común como el que vaga extramuros del Código, conoce apenas un limitado número de crímenes de guerra e ignora totalmente el genocidio y los crímenes contra la humanidad. En otras palabras, no se ha hecho aún la adecuación que precisa la legislación interna como requisito imprescindible para poder perseguir y castigar *en cuanto tales* esos actos, en lo que ha de tenerse en consideración que no existe ni se reconoce en el país la posibilidad de que un crimen internacional surja directamente del derecho supraestatal, convencional o consuetudinario.⁸ Tampoco se 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. Todo esto explica que la Corte Suprema de Justicia, al hilo de una jurisprudencia constante y respaldada por el parecer mayoritario de la doctrina, haya negado la posibilidad de atribuir esa calidad a delito alguno sobre la única base del derecho consuetudinario internacional, entendido como *ius cogens*. El arraigo de esta tradición es de tal peso que el mismísimo Código Procesal Penal, cuando demanda la ratificación del tratado para tener por ajena la prescripción a determinados delitos, puso a salvo la exigencia de una *lex scripta* en la esencial cuestión de la cabida restringida o la extensión sin límites del derecho de castigar en esta materia.

Por consiguiente, mientras estos crímenes no sean introducidos al derecho interno y sigan sin ratificar la Convención de 1968 o el Estatuto de Roma, el precepto

⁷ Artículo 29, en relación con el 5º (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión), acerca de lo cual hay que ver Ambos, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte penal internacional”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, nº 5, 2000, p. 144 (127-169).

⁸ Así, por ejemplo, si bien Chile ratificó el 11 de diciembre de 1953 la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, los intentos de introducir el maleficio al Código Penal han sido hasta ahora infructuosos. Sobre este y otros particulares nos extendemos en nuestra contribución sobre Chile en el volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, editado por Kai Ambos y Ezequiel Malarino, con prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicher, publicado por la Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, pp. 165-175 (163-200).

mencionado restará como una formulación de deseos ayuna de sustancia jurídica. De que resulte recomendable dejar este designio en la condición que actualmente ostenta, de letra muerta, y, al revés, mantener incólume la vieja tradición, discurrimos en los apartados sucesivos.

2. Cuando la ley procesal penal chilena toca el tema que nos ocupa a propósito del sobreseimiento definitivo de un proceso, basado en encontrarse extinta la responsabilidad del acusado, guarda perfecta armonía con las disposiciones sustantivas del Código Penal, al que ahora debemos dirigir la mirada.

La prescripción aparece considerada entre las causas que extinguen la responsabilidad criminal, esto es, como una de varias circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y que destruyen la acción penal o la pena. Cualesquiera de tales circunstancias (prescripción, amnistía, etc.) pueden ser alegadas por la defensa en la audiencia preliminar al juicio oral, a título de excepción de previo y especial pronunciamiento (artículo 264 del Código Procesal Penal), forma y oportunidad que en el caso de la prescripción del delito están muy en la línea de la etimología de la palabra y la historia de la institución jurídica que nombra.⁹

Aunque a veces se afirma que cada una de las causas de extinción de la responsabilidad penal posee un fundamento propio¹⁰ y el aserto no esté desprovisto de un fondo de verdad, inspira a todas un principio común, que reside en una prudente autolimitación, plasmada en la ley, del *ius puniendi*, puesto que en ellas el Estado, bajo ciertos supuestos y para responder a determinadas exigencias, renuncia a su pretensión punitiva y, por ende, hace abandono de su poder de que se persiga y sancione a los responsables de un delito. La prescripción, ese instituto liberador de las consecuencias de la fechoría, obedece asimismo a aquel pensamiento fundamental. Pero la modalidad específica que asume a su respecto el principio sintético y rector de la familia que la amadriga, es un caldero en que hierven antiguas disputas.¹¹

Casi todas las doctrinas acerca del especial fundamento de la prescripción penal han sido objeto de debate en Chile. Por de contado que nos referimos a las que procu-

⁹ La voz latina *praescriptio*, conforme recuerda Eduardo Reale Ferrari en su monografía *Prescrição da ação penal. Suas causas suspensivas e interruptivas*, Saraiva, San Pablo, 1998, p. 1, aludía en el proceso romano a un escrito presentado como medio defensivo previo a la *demonstratio* y que impedía al magistrado entrar al mérito de la cuestión, a menos que desestimase con un pronunciamiento especial la excepción aducida. Para una sinopsis de su historia, Lorenz, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlín, 1955, pp. 3-4.

¹⁰ Como piensa en España Quintero Olivares, *Curso de derecho penal, Parte general*, CEDECS, Barcelona, 1997, cf. p. 581.

¹¹ La prescripción, escribe Lorenzo Morrillas Cueva, está "cargada de controversias", y la actual unanimidad teórica en justificarla "se quiebra en el momento de fundamentar su razón de ser". "Prescripción del delito y de la pena", en *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, t. XX, 1993, pp. 273 y 274. Véase también, del mismo autor, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 195-197.

ran ilustrar el sentido de la prescripción como conquista de la época dorada del Iluminismo, ya que secuaces de las concepciones que deniegan plaza a la extinción por obra del tiempo de la potestad punitiva, no los hubo en el país ni siquiera durante la etapa en que prevaleció en las aulas universitarias el positivismo peligrosista. La distinción reviste importancia. Sólo para las doctrinas que justifican la prescripción puede representar un problema el afán de que debiera haber delitos y penas que escapen a su férula. En cambio, para quienes le recusan toda razón de existir, la concesión de un espectro amplísimo a las actuaciones del ministerio público en el ejercicio de la acción nacida del delito es algo ingénito al modo de ser normal del derecho penal. Aquí han de interesar las primeras, no los últimos.

Se ha argumentado el fundamento de la prescripción desde tres perspectivas. Muchas teorías —las más antiguas— lo cifran en la situación subjetiva del delincuente, e invocan, por ejemplo, la falta de identidad personal del reo producida por el paso de los años, los padecimientos sufridos por él a lo largo de aquellos en que evadió a la justicia, o la enmienda que revelaría el hecho de no haber delinquido durante tanto tiempo. Mas estas son todas presunciones, cuando no hueras fantasías a las que la realidad desmiente con alguna frecuencia. Un segundo grupo de doctrinas se sitúa en el prisma del Estado, para sostener, ora que la usura del tiempo dificulta la reconstrucción de las pruebas, allega incertidumbre a los procesos y abre camino al error judicial, ora la renuncia a la acción demostrada por la inercia del aparato punitivo en la represión de los delitos, ora lo innecesario o inútil de un castigo tan distante de la ocurrencia del ilícito, a la luz de los fines asignados a la pena, y la declinación consiguiente del interés estatal en su punición. La crítica de estas posiciones corre a las parejas de su carácter sofisticado —pues la acción penal pública no es renunciable para ni está a disposición de los órganos estatales competentes—, de la explicación incompleta —sólo válida para la prescripción de la acción penal, o sólo para la de la pena— que ministra al polifacético fenómeno prescriptivo, y de la forma en que lo confunden con una cuestión de punibilidad del delito. Queda todavía un tercer grupo de teorías. Estas acuden al punto de vista de la sociedad, bien porque el transcurso de los años debilita la alarma colectiva creada por el maleficio, ya porque este deja de formar parte de la memoria de las nuevas generaciones y se desdibuja, a fuer de la sombra del olvido, en el recuerdo de la que lo presenció. El injusto del delito, no menos que su autor, “se tornan cada vez más ajenos con el tiempo, de modo que una persecución o ejecución penales que tardan demasiado en llegar, serían una total injusticia”.¹²

Este último criterio merece nuestra preferencia, en la medida en que toma en cuenta el incuestionable poder que ejercen los hechos sobre los asuntos humanos y

¹² Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 2ª ed., 1923, que se cita por la reimpresión de Keip Verlag, Goldbach, 1997, p. 521.

permite encuadrar el instituto, con armónica inserción de su dúplice faz (prescripción del delito y de la pena), en una exigencia de seguridad jurídica. La prescripción está al servicio de la firmeza, de la estabilidad de los vínculos regulados por el derecho. El imperativo práctico de hacer factible la convivencia humana, impidiendo una “perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas”,¹³ puede que contradiga los requerimientos retributivos y la propia positividad del ordenamiento, e incluso dé lugar a una de las que Radbruch llamó antinomias de la idea del derecho,¹⁴ pero sirve a la seguridad del ordenamiento, dado que la eficacia venidera de los preceptos jurídicos requiere eliminar, al cabo de un cierto tiempo durante el cual estos no hallaron aplicación, un estado de incertidumbre, cuyo mantenimiento sería riesgoso tanto para existencia del derecho¹⁵ como para la paz de la comunidad. En este sentido se pronuncia, también, la opinión común en el país, en consonancia con la tradición liberal de los criminalistas chilenos.¹⁶

Resulta, pues, que la prescripción obtiene su fundamento de uno de los pliegues de la *idea* del derecho, que los ordenamientos contemporáneos expresan en un *ideal* de cultura de la comunidad. En estas circunstancias, no parece acertada la afirmación de que la prescripción de los delitos sólo podría ser justificada merced a conceptos extraídos del derecho penal,¹⁷ tanto menos cuanto que ella se presenta como un concepto jurídico general y, de suyo, no privativo de rama alguna del derecho. Es más: obsérvese que nuestro tema, que rebasa con holgura en su razón última las limitadas posibilidades de la dogmática penal, pone en juego dos veces aspectos propios de la filosofía jurídica. Pues para él cuentan como trasfondo no solo el valor de la seguridad jurídica, sino también el

¹³ Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, 3 vols., traducción de Luis Jiménez de Asúa y adiciones por Quintiliano Saldaña, Hijos de Reus Editores, Madrid, t. III, 1917, p. 403.

¹⁴ “En la prescripción, en la usucapión, en la protección de la posesión civil y en el ‘statu quo’ internacional, se otorgan efectos justificantes al estado antijurídico en méritos de la firmeza, es decir, de la seguridad de la vida jurídica”. *Filosofía del derecho*, traducción de José Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952, p. 99.

¹⁵ Plazos demasiado largos o la franca imprescriptibilidad de delitos y penas, introducirían en un Código “el mayor defecto que cabe en una ley: el defecto de que no se ejecutará”. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera. Edisofer, Madrid, 2000, p. 506.

¹⁶ Cf. Cury Urzúa, *Derecho penal, Parte general*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 2ª ed., 1992, p. 430; Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*, 4 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), t. II, p. 256; Labatut Glenda, *Derecho penal*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 9ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, 1995, p. 297; Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno, Parte general*, 2 vols., Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 1985, t. II, p. 486; Vargas Viancos, *La extinción de la responsabilidad penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 2ª ed., 1994, p. 118; y Yuseff Sotomayor, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 33.

¹⁷ Así, Lorenz, *Die Verjährung im Strafrecht. Eine dogmatische Untersuchung*, Heinrich Mercy Sohn, Praga, 1934, cf. p. 32. Se trata de una opinión sumamente extendida entre los penalistas.

valor de la humanidad, aunque esta nueva flexión de la idea del derecho sea normalmente desatendida por los estudiosos de la prescripción. En verdad, mantener a una persona indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, es incompatible con un derecho penal moderno, y por moderno, humanista, sin que deba importar en esto la real situación del individuo empírico mientras estuvo en curso el plazo prescriptivo —si padeció la necesidad más extrema o disfrutó de la opulencia, que viviese en el aislamiento, como animal acorralado, o con la compañía y asistencia de otros, que su personalidad experimentó modificaciones o permaneció inalterada, etc.—, ya que la noción de humanidad toma al hombre cual sujeto abstracto, prescinde de peculiaridades adventicias y lo realza en su quintaesencia moral de sujeto *librevolente* y fin en sí. La humanidad consiste en

[...] romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres con las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí.¹⁸

Esto vale también para la prescripción de la responsabilidad penal. Su configuración concreta en la legislación tiene que guardar congruencia con los principios cardinales de este segmento de la *Enciclopedia jurídica*, con su sustrato político y con la red de garantías que tejen en torno a él las Constituciones y tratados sobre derechos fundamentales, entre las que ocupa el primer lugar la salvaguarda de la persona. Solo de esta guisa la prescripción, que a primera vista contradice el magisterio punitivo del Estado, confiere al derecho de castigar y a las raíces filosóficas de que se nutre una rotunda confirmación.

3. Faceta no siempre bien apreciada de la reforma penal dieciochesca, la consagración del carácter prescriptible de todos los delitos y penas, cualquiera que fuese su naturaleza y gravedad, representó un adelanto notable de la marcha de la civilización, si se piensa en las vicisitudes del instituto en la época del derecho común, que multiplicó las excepciones a la prescripción de los delitos y desconocía, en general, la de las puniciones. Fue en particular la Revolución Francesa, que había erigido en dogma de positivo reconocimiento el principio de legalidad y la correspondiente limitación al poder del Estado en orden a crear delitos y penas, la que impuso el temperamento al que desde entonces se ajustaron los demás Estados occidentales.¹⁹ Y, en verdad, entre la prescripción de la responsabilidad criminal y la sujeción de su fuente —el delito— a la ley, existe un lazo indisoluble.

¹⁸ Max Ernst Mayer, *Filosofía del derecho*, traducción de la 2ª ed. original por Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, pp. 192-193; en p. 194 prosigue, con sobrada razón: “Donde la humanidad aparece de la manera más destacada, es en la humanización de las penas, ya que cada vez gana más terreno la idea de que el delincuente es también un hombre, por lo que la pena ha de ser compatible con la dignidad humana”.

¹⁹ Lorenz, *Die Verjährung im Strafrecht*, o. cit., cf. p. 15.

Sin embargo, dos fenómenos diferentes han puesto en entredicho el axioma de la prescriptibilidad desde la primera mitad del siglo XX. Por una parte, primero bajo la égida de regímenes totalitarios y, después, en varias naciones democráticas, comenzó a considerarse imprescriptibles algunos maleficios comunes de elevado contenido antijurídico y castigados con penas de muerte o perpetuas. Pero el proceso alcanza su expresión más conocida y universal a propósito de los crímenes contra el derecho de gentes, cuando en 1968 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas dispuso la derogación, con retroactividad absoluta, de los plazos de prescripción de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad,²⁰ o sea, y según el expreso tenor de la Convención respectiva, los declaró “imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha de su perpetración” (artículo I). La resonancia de esta norma, con los sobrecogedores hechos delictuosos que la determinaron promediando la pasada centuria, en varios Códigos penales europeos, que la han acogido en punto al genocidio, se inscribe en una tendencia cuyo predominio en el derecho internacional penal parece hoy cosa asegurada. Es la “mala conciencia” de la justicia penal ante la posible impunidad de crímenes que ennegrecen el pasado de ciertos pueblos, el factor decisivo de una evolución a mi entender de dudosas bondades, que bien pudiera calificarse como involución.²¹

Desde luego, el criterio abrumadoramente mayoritario contempla las cosas de muy otra manera. Una comunidad dada o el entero conglomerado de naciones —así se piensa—, bien podrían decidir que jamás sean olvidados jurídicamente hechos delictivos que tuvieron para esa comunidad o para todo el género humano la intensidad traumática de una pesadilla aterradora. En tales casos, lo que estaría en discusión no es tanto el delito o la pena en sí mismos, cuanto la gravedad del fenómeno subyacente, que reclama sin reservas el condigno castigo. Incluso el habitual recurso a los fines de la pena como medio de otorgar explicación a esta causa de extinción de la responsabilidad penal, debiera retroceder frente a sucesos que perturban hasta tal extremo las representaciones colectivas y el sentimiento del derecho, que sería suicida abandonarlos al manto del tiempo —a ese tiempo en cuyo homenaje Voltaire propuso erigir un monumento con la inscripción: “Al único que consuela”,²² visto que la comunidad que los experimentó en carne propia, u otras alentadas por el mal ejemplo, se expondrían al riesgo de verlos repetidos en el futuro. Razones prácticas, entre-

²⁰ Cf. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, Parte general*, publicados 3 vols., Tecnos, Madrid, t. I, 5ª ed., 1996, p. 183.

²¹ La expresión “mala conciencia”, que Gustav Radbruch estimó una virtud en el penalista, fue aplicada a nuestro argumento en el sentido de la sublevación del espíritu ante las atrocidades perpetradas por los jerarcas nazis y su eventual impunidad debida a la prescripción, por Baumann, en su opúsculo *Der Aufstand des schlechten Gewissens. Ein Diskussionsbeitrag zur Verjährung der NS-Gewaltverbrechen*, Giesecking, Bielefeld, 1965.

²² “Los dos consolados”, en *Cuentos escogidos*. Edición, estudio preliminar y bibliografía seleccionada por Dª Ángeles Carmona de Gubert, Bruguera, Barcelona, 1971, p. 217.

veradas con referencias de justicia material, cierran la argumentación: se trataría de evitar que la sola prolongación de un régimen político de terror y la fuerza que lo sustenta, favorezcan con una garantía liberal a quienes fueron pródigos en atropellar las garantías más preciadas de los hombres libres, destruyendo o minando en su tiránico paso las bases de la administración de justicia, o diseminando en la estructura jurídico-pública del Estado un compacto tejido de obstáculos para que aquélla, una vez restablecida la normalidad constitucional, se encuentre en la imposibilidad de perseguirlos oportuna y eficazmente.

En nuestro sentir, empero, el precedente discurso pasa por alto otras consideraciones, y so capaz de otorgar una tutela redoblada a los derechos fundamentales en este capítulo de la atroz disciplina, acaba por devorarse a sí mismo y los vulnera.

Por lo pronto, adviértase que el debate hodierno sobre la imprescriptibilidad de ciertos crímenes se ha visto constantemente entenebrecido, bien por sospechas personales —que el defensor de la prescripción tiene que ser un amigo de la causa totalitaria, quizá uno de sus viejos servidores, o que sus adversarios anteponen a las “sutilezas” de los principios jurídicos, el “deber moral” del castigo—, ya por la contraposición en apariencia insoluble de facetas distintas de la idea del derecho, con olvido de que “al derecho pertenecen lo mismo la justicia material que la seguridad jurídica”.²³

Dejemos de lado lo primero, que de resultar comprobado en cualquiera de sus extremos sería una bajeza, y centrémonos en lo que realmente es de bulto en el debate jurídico del problema, ese irremediable y hostil antagonismo entre justicia material y seguridad jurídica. El contraste, que en el fondo no es más que una contradicción de la justicia consigo misma,²⁴ sólo puede encararse acudiendo al valor cultural más alto, la humanidad. Aquí yacen, en mi opinión, quicio y salida del atolladero. Puesto que una justicia penal incierta, libertada *ex post facto* de las cortapisas que los ordenamientos levantaron frente a un *ius puniendi* que sin ellas sería desenfrenado, no es una justicia cabalmente respetuosa de la idea de la humanidad, que “proclama y exige el hombre en sí”. La prescripción de los delitos es prenda de la superlativa opinión que merecen a los ordenamientos de signo liberal la incolumidad del derecho, la seguridad de los justiciables y, muy en especial, la dignidad de la persona, incluso cuando de las más abominables fechorías y los más impiedosos delincuentes se trata. Cabe en esto recordar que la robustez de los principios no se prueba en toda su extensión al contacto de los conflictos triviales engendrados por la rutina de la vida cotidiana, sino precisamente en los casos que Karl Jaspers llamó *situaciones límite*. El

²³ Baumann, o. cit., p. 10.

²⁴ Como observa Hermann Klenner, basado en Radbruch, en su “Introducción” al quinto tomo de las *Obras completas* del jurista de Lübeck. Cf. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*. Herausgegeben von Arthur Kaufmann, 20 vols., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, t. V, *Literatur- und kunsthistorische Schriften*, bearbeitet Hermann Klenner, 1997, pp. 12-13 (1-13).

propio totalitarismo y, en menor medida, los regímenes autoritarios, nos han enseñado con sus atrocidades que la humanidad es un valor incondicional. Pero “lo incondicional se vuelve temporalmente patente para sí en la experiencia de las situaciones límite y en el peligro de volverse infiel a sí mismo”,²⁵ un riesgo que sólo puede amenazar a quien percibe los reclamos de aquello que está más allá de todo condicionamiento —una mentalidad ciega a los valores de la personalidad, como la totalitaria, ni siquiera se plantea los *hard cases* de que versamos—. Expresado de otra manera y en el sentido de nuestro argumento: son situaciones de este jaez, como que prescriban también los peores crímenes, el terreno donde se templan la fibra y el carácter de los derechos penales respetuosos de la dignidad humana. Amagar las exigencias de la humanidad ante el criminal más odioso, en nombre de la misma humanidad, equivale a reconocer que las garantías no rigen para todos por igual y es índice del trazo débil con que ese derecho las recepta. Más que un resignado reconocimiento, es una capitulación. Esto, sin nombrar un peligro adicional, el de que la imprescriptibilidad, que ha asomado su cerviz a título de excepción y únicamente para los crímenes que ofenden al género humano, pueda dilatarse como una mancha de aceite hasta abarcar otros delitos, como el asesinato, el terrorismo, y quién sabe cuántos más.

4. Extiéndase prudentemente los plazos de prescripción para los crímenes más graves y las penas más rigurosas, mas no se enajene ninguno a la validez de esta garantía, que en ello va en juego un fragmento capital de la teoría y práctica del Estado de derecho.²⁶

Esta pudiera ser nuestra personal conclusión, que entendemos de inequívoca vigencia en Chile. Pero como la tarea del científico supone ofrecer, en reemplazo de las posturas que él ha cuestionado, una vía distinta para solventar el problema en que otros erraron el rumbo,²⁷ digamos que, en efecto, hay medios, posiblemente más indicados que la imprescriptibilidad y el anhelo de desplazar hasta un horizonte infinito las fronteras del derecho penal subjetivo, para que las sociedades hagan un ajuste de cuentas con los hechos más sombríos y vergonzantes de su pasado y, a la vez, con las condiciones políticas de poder que los propiciaron.

Si la prescripción, a su modo, es una manifestación de la falibilidad y las limitaciones de la justicia humana, que el Estado legiferante no puede menos que aceptar en la medida de lo que, sin ser buscado, se impone como inevitable a hombres e

²⁵ Jaspers, *La filosofía desde el punto de vista de la existencia*, traducción de José Gaos, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 49.

²⁶ De idéntico parecer, Lorenz, “Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch”, cit., cf. p. 79, y “Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung”, en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburgo, 1966, pp. 373-374 (371-374).

²⁷ Oportunamente recuerda Alfonso Serrano Gómez, en su libro *La prescripción del delito (tres cuestiones)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 33, que el científico debe construir, no demoler; y, citando a Ramón y Cajal (*Reglas y consejos sobre investigación científica*, Madrid, 2000), redondea la advertencia: “la crítica científica se justifica solamente entregando, a cambio de un error, una verdad”.

instituciones, en cambio, han de quedar al margen del efecto extintivo de responsabilidades aquellos casos en que los órganos del Estado hicieron posible, con un aporte malicioso, dichas falibilidad y limitación.

La inercia de los órganos de la persecución penal, aunque ajena al fundamento de la prescripción, asume en ella un significado que no se debe despreciar. Esta inactividad representa una condición de procedencia de la prescripción. Por lo mismo, los plazos corren si y sólo en la medida en que el Estado pueda y quiera perseguir el delito o imponer la pena, pero, en el hecho, no lo hace. Permítasenos un par de ejemplos. El artículo 100 del Código Penal chileno ordena duplicar los plazos cuando el delincuente se ha ausentado del territorio nacional, lo que es lógico, ya que las posibilidades de hacerle comparecer ante los tribunales disminuyen por la residencia en país extranjero y la nueva morada procura al fugitivo mayores ventajas para eludir la acción judicial. Sin embargo, no se entenderán ausentes “los que hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión de la autoridad política o administrativa, por el tiempo que les hubiere afectado tal prohibición o impedimento”. Esta última cláusula, que se introdujo en 1991 para resolver la situación de algunas personas que debieron partir al exilio por orden del régimen militar que gobernó el país entre 1973 y 1990, revela que si la duplicación no corresponde es porque el prescribiente hubo de permanecer en el extranjero debido a la voluntad del titular de la pretensión punitiva, pero con infracción de los requisitos legales de su ejercicio, o sea, antijurídicamente.

Por otra parte, la prescripción de la acción penal se suspende cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, es decir, cuando ha quedado formalizada la investigación en contra de él (artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal), una circunstancia que en muchos países determina el efecto, más macizo, de que el episodio que precedió al acto procesal determinante caiga en el vacío. Pero la suspensión —y, en su caso, la interrupción— tiene como presupuesto que el impulso procesal haya podido comenzar y proseguir seriamente. También a propósito de las causas suspensivas e interruptoras de la prescripción quedan en evidencia los defectos de una jurisprudencia conceptual, atenta nada más que a la inserción categorial de esas causas en la economía lógica de un concepto general. Este camino metodológico reduce la labor judicial a la mera verificación de que alguna vez se instruyó proceso por los hechos, y desprecia olímpicamente la indagación contenidista de si el término no estaba tal vez suspenso por otro motivo, aunque sobre este la letra del Código guarde silencio. Una jurisprudencia de los valores, a su turno, argüirá que las palabras de la ley penal son sólo la corteza formal que recubre la norma. Es en su fundamento donde hay que adentrarse para averiguar el contenido de los preceptos. En las disposiciones sobre el inicio y la eventual suspensión de los plazos de prescripción, que son posibilidades operativas del concepto general, podrá entonces descubrirse formas concretas en que cristalizan *télos*, naturaleza y condiciones de procedencia del instituto. Estos datos de fondo permiten extraer el corolario de que la probada

falta de una voluntad real de sostener la acción punitiva, o la presencia de superiores impedimentos jurídicos o fácticos a la persecución, produce que los plazos no pueden empezar a correr, o lo que es igual, que quedaron suspensos desde el principio.

Diversos ejemplos entresacados del derecho extranjero corroboran esta conclusión, que para nosotros constituye un principio general. La ley aprobada por el Bundestag alemán el 25 de marzo de 1965 dispuso que en el cómputo del plazo de prescripción de delitos sancionados con pena perpetua de privación de la libertad, no debía tomarse en cuenta el lapso entre el 8 de mayo de 1945 y el 31 de diciembre de 1949. Según la misma dicción legal, durante aquel período, en que se produjo el colapso de la judicatura del país, “la prescripción de la persecución penal quedó en suspenso”.²⁸ La ley checa sobre ilegitimidad del régimen comunista, sancionada en 1993 y declarada irreprochable por el tribunal constitucional de Praga, ordenó no considerar las largas décadas en que aquél gobernó, dentro del tiempo requerido para prescribir los crímenes perpetrados con su cobertura.²⁹ En fin, el artículo 97 del anteproyecto de Código Penal para el Ecuador, de 1993, establece que la prescripción se suspende “en todo delito perpetrado en ejercicio de una función pública o con abuso de la misma, mientras cualquiera de los que hayan participado en él se encuentre desempeñando un cargo público”, y hace hincapié en que “si tales delitos se perpetraran durante un régimen ‘de facto’, la prescripción se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional”.³⁰ De cara al reciente pasado político de Hispanoamérica, apenas será preciso destacar el acierto de esta propuesta y la tarea que impone al juez en su deber de calificar como inconstitucional el régimen que amparó las felonías. Con ello, salen gananciosas así la justicia penal como, mediatamente, la justicia política.

La réplica de que disposiciones de esta naturaleza quebrantarían el apotegma de la irretroactividad de la ley más gravosa, no parece convincente. Constatar una situación no equivale a modificarla, del mismo modo que el magisterio punitivo tampoco tiene que soportar una merma cuando quiera que esa situación posee un origen desaprobado por el derecho público.³¹ Se trata, bien miradas, de leyes que interpretan las

²⁸ Baumann, o. cit., cf. p. 4.

²⁹ Cf. Dolenský, *Los fundamentos de la responsabilidad criminal en la reforma del Código penal checo*. Trad. de J. L. Guzmán Dalbora, en el *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, n° 4, 1998, p. 23 (15 y ss.).

³⁰ Rivacoba y Zaffaroni, “Anteproyectos de Código Penal y de ley de ejecución penal para el Ecuador”, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 3, 1993, p. 850 (817-964).

³¹ Por servirnos de un ejemplo sólo aparentemente lejano del tema: ¿es que el acaudalado delincuente que corrompió a un representante del Ministerio Fiscal para no ser perseguido, puede alegar con éxito que el dinero con que consiguió la pasividad del Estado debería seguir obrando en su favor, con la aprobación del ordenamiento jurídico, toda vez que el procedimiento “no se dirigió contra el culpable”? No conocemos Códigos que contemplen una causa de suspensión semejante, pero nos cuesta imaginar que en un caso así quepa pronunciar un sobreseimiento o una absolución, argumentando, con el corruptor, que su responsabilidad ha prescrito.

reguladoras de la suspensión de la prescripción, con arreglo al norte teleológico de esta, y las declaraciones contenidas en una interpretación auténtica posterior escapan por definición a la regla de la irretroactividad, sea que beneficien o perjudiquen al reo. Y puesto que a la misma solución pudo llegar el juez aun a falta de una ley interpretativa, bien puede reclamarse de él que se atreva a extraerla si están dados los requisitos fácticos que interesan. No hay necesidad de la imprescriptibilidad, sino de hacer uso de instrumentos hermenéuticos tradicionales, aplicados a preceptos conocidos e inobjectables, para obtener el resultado que se busca. Que este derrotero ponga a buen recaudo los principios jurídicos, no nos atormenta con una mala conciencia y enaltezca en dignidad y prestigio la administración de justicia, son motivos considerables para preferirlo.

COLOMBIA / Alejandro Aponte

Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternatividad penal” en el caso colombiano

1. Presentación

En el texto preparado sobre el caso colombiano, a instancia del grupo de trabajo latinoamericano y español que hace seguimiento al proceso de incorporación de crímenes internacionales en el derecho penal interno de los diferentes países, se planteó la hipótesis según la cual en Colombia el destino de esta incorporación, más allá del alcance normativo de la legislación, estaría ligado necesariamente al destino del conflicto armado interno: las relaciones entre guerra y derecho condicionarían la implementación práctica de las normas del Estatuto de Roma.¹ El curso de tal implementación no sería así dictado por la dogmática, sino por decisiones de política criminal; más aún, de mera política o de la política influida por la guerra. En el caso colombiano, la confusión tradicional entre guerra y política, entre guerra y derecho, condicionaría la normatividad.

Así ha sido, en efecto; de manera sorpresiva, en el tránsito de un gobierno a otro en el año 2002, apenas poco tiempo después de haber finalizado el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al derecho público interno, se acogió la salvedad estipulada en el artículo 124; ello, según lo advirtieron los gobiernos, en función de posibles procesos de paz.² Es decir, se pensó que el juzgamiento, a instancia de la

¹ Véase al respecto, Alejandro Aponte, “Informes nacionales. Colombia”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional - Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, p. 253.

² *Ibidem*, p. 237.

Corte Penal Internacional, de miembros de la guerrilla, por ejemplo, por crímenes de guerra, sería una especie de obstáculo frente a un posible proceso de paz. Desde un principio quedó planteada entonces la tensión entre la aplicación de la normatividad del Estatuto de Roma y los procesos de paz.

De igual forma, a finales de 2003, el gobierno colombiano firmó un tratado bilateral con los Estados Unidos, de tal manera que ha quedado comprometido en no entregar —y no solo a militares— a la Corte Penal Internacional a quienes en el país se encuentren adelantando diversas actividades de carácter militar. La mera incorporación de las normas del Estatuto de Roma al derecho interno no es entonces, en ningún caso, condición de su efectiva aplicación en la práctica.³ También el hecho jurídico, del cual se ocupará este trabajo, se sitúa en el mismo contexto de las relaciones entre guerra y derecho; más aún, se sitúa directamente en el escenario del conflicto armado interno que por más de cinco décadas soporta el país.

En Colombia ha tenido lugar en los últimos meses una gran discusión en torno de modelos de justicia penal que pueden ser ubicados de manera general en el ámbito de la denominada justicia transicional, relacionados con alternativas que el gobierno actual busca implementar en función de procesos de paz en curso y de otros posibles. Una de estas alternativas, muy discutida y criticada, pero que debe ser analizada sobriamente, constituye el tema que ocupará este texto. Se trata de lo que se ha denominado en principio como “proyecto de alternatividad penal” y que, actualmente, con base en modificaciones que se le han introducido, se viene conociendo también como “proyecto de verdad, justicia y reparación”.

Se trata de un proyecto formulado por el gobierno y que pretende desarmar y desmovilizar a actores violentos, bajo el supuesto de que esos actores se comprometen en políticas de paz serias, en procesos de reinserción social y de reparación, no solo material, sino simbólica, de las víctimas que ellos han ocasionado en lógicas y dinámicas no solamente de acciones militares ligadas al conflicto armado, sino de

³ En el primer día de la reflexión conjunta del grupo de trabajo sobre Corte Penal Internacional, llevada a cabo en San Pablo los días 19 y 20 de marzo de 2004, en el contexto del Seminario Internacional sobre la Implementación del Estatuto de Roma en el Derecho Interno y Otras Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Internacional, se discutió acerca del verdadero significado de la masiva incorporación del Estatuto en el continente. Se cuestionó si tal hecho masivo indicaba realmente la decisión en los Estados de asumir los compromisos correspondientes. Se advirtió, en todo caso, que lo verdaderamente importante no es lo cuantitativo —ya que ello puede ser identificado como una moda—, sino lo cualitativo, es decir, la auténtica voluntad política para implementar y aplicar las normas del Estatuto. En el caso colombiano, ello es especialmente significativo, tanto más cuanto que desde el punto de vista fáctico es posible comprobar —aunque es una paradoja enorme— que la gran cantidad de normas y de instrumentos internacionales incorporados al derecho público interno, no corresponde necesariamente en la práctica a un mejoramiento respecto de la situación de impunidad o de violación permanente de derechos humanos en el país. Hay que trabajar para que las normas no tengan apenas un efecto simbólico y discursivo.

violencia masiva y degradada, de violación indiscriminada de derechos humanos. La primera versión del proyecto fue presentada al Congreso de la República en el mes de agosto de 2003, y el pliego último de modificaciones, en el mes de abril de 2004. El Congreso de la República deberá discutirlo a partir del segundo semestre de este año.

Las relaciones entre la paz —su búsqueda en escenarios de conflicto agudo, y las fórmulas ideadas para ello— y el Estatuto de Roma, son uno de los aspectos más problemáticos relacionados con la implementación práctica del Estatuto. Lo es también, el caso de la eventual compatibilidad del Estatuto con instituciones jurídicas ligadas a hechos que han ocasionado mucho impacto en la vida de las sociedades, como es el caso de amnistías o indultos otorgados a actores involucrados no solo en crímenes, sino precisamente en crímenes que hacen parte del ámbito de protección penal de los derechos humanos; en el contexto que nos ocupa, en los hoy considerados crímenes internacionales.

Cuando se trata de indultos, gracias o amnistías ofrecidas a ciertos actores, luego de procesos de paz, el problema se hace más complejo, ya que no se trata simplemente de modelos de autoindultos o de amnistías generales e indiscriminadas, sino de herramientas posteriores o concomitantes con la búsqueda de la paz. Y la búsqueda de la paz, por lo menos desde el punto de vista ético o político, es siempre un propósito loable. Pero precisamente por ello, el problema se torna más complejo: ¿a qué costo social se logra o lograría la paz?, ¿quién paga esos costos? Ello, no únicamente, desde luego, desde una perspectiva material, sino desde una perspectiva humana y en términos reales de impacto social. Además, ¿quiénes son las víctimas y cómo van a ser ellas reconocidas e incorporadas al escenario social y del derecho?, ¿cómo se compatibiliza el posible sacrificio, en términos de concesiones jurídicas a actores extremadamente violentos, con la promesa hacia el futuro de una mayor estabilización de las relaciones sociales en el ámbito del derecho? Son todas preguntas que hoy se tornan fundamentales, no solo en el caso de Colombia, sino de hecho en aquellas sociedades que de una u otra manera viven procesos de reconstrucción social o de transición hacia Estados regidos por el derecho.

En el caso concreto de Colombia, empero, las preguntas se hacen más difíciles, particularmente porque en este caso no se trata de tránsitos institucionales, o de creación de nuevos regímenes, sino de modelos de incorporación de actores violentos a la vida civil, en medio de un caos y una situación anómica muy profunda; al mismo tiempo, no obstante, en medio de escenarios en los cuales el derecho rige y actúa sobre los ciudadanos. Es por ello que el caso de este país rompe los esquemas tradicionales con los cuales se ha pensado el debate sobre modelos de justicia transicional.⁴

⁴ Dada la particularidad del caso colombiano, por no tratarse en este país, por ejemplo, del tránsito de una dictadura militar a un gobierno civil, este no ha sido estudiado en las investigaciones más completas sobre el tema de la justicia transicional. Es el caso de la amplia investigación editada por Neil J. Kritz, *Transitional Justice. How emerging democracies reckon with former regimes*, prólogo de Nelson Mandela, Washington, D. C., 1995; o el trabajo todavía en curso, desarrollado a instancia

En el centro de las decisiones político-jurídicas relacionadas con propuestas de paz, un hecho se consolida hoy de una manera desconocida en el pasado: se trata del impacto del nuevo orden internacional de los derechos humanos y el impacto general de todo el circuito compuesto por los instrumentos internacionales, por la jurisprudencia que este genera y por la doctrina que se ha venido desarrollando. De hecho, en el caso que aquí se estudia, la presión internacional ligada al circuito de protección de los derechos humanos ha sido determinante en diversos cambios que el denominado proyecto de alternatividad penal ha sufrido hasta ahora.

Esta reflexión constituye, en el fondo, una reflexión acerca de los límites del derecho penal, de su incapacidad para resolver problemas tan arduos, como es el caso de la instauración de fórmulas de convivencia después de años de horrores y de violaciones masivas de los derechos humanos. La reflexión sobre los límites no implica, desde luego, que el resultado sea la impunidad; al contrario, significa que la discusión sobre impunidad debe también abrirse a espacios políticos y jurídicos no gobernados exclusivamente por el derecho penal y que los Estados deben asumir fórmulas sinceras de reparación de los daños morales y materiales causados a decenas de personas. Se deben apoyar decisiones penales con hechos concretos de buen gobierno y de armonización de búsquedas loables de la paz, con los derechos de sujetos particularmente vulnerables y ya vulnerados, y con el mensaje posible que se da a la sociedad sobre el tratamiento —el perdón, por ejemplo— de actores especialmente violentos y agresivos. De allí porqué es hoy cada vez más importante la reflexión alrededor de la tríada verdad, justicia y reparación.

2. El proyecto de ley estatutaria o proyecto de “alternatividad penal”: preocupación nacional e internacional en torno de la impunidad

En el mes de agosto de 2003 se presentó al país y al Congreso de la República, por parte del gobierno, el denominado “proyecto de alternatividad penal”. Es necesario aclarar que este proyecto fue presentado en el marco del conflicto armado y de posibles acuerdos para desmovilizar actores ligados al conflicto, ya que ha existido una tendencia a negar lo que es incuestionable desde el punto de vista fáctico: la existencia del conflicto armado interno. Particularmente, hoy se tiende a creer que solo existen trifulcas, meras acciones delictivas o simples acciones terroristas. De esta manera, el proyecto de ley, inscrito en la lógica del conflicto armado, se

del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo, y coordinado por Jörg Arnold, sobre reacciones institucionales posteriores a procesos masivos de violaciones de derechos humanos en diferentes países. Un texto que recoge los primeros resultados de esta investigación es el de Albin Eser y Jörg Arnold, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Criminal Law in Reaction to state crime*, Internationales Kolloquium, Friburgo, 1999. Jörg Arnold, a partir de una visita a Colombia en el año 2004, y en razón de las disyuntivas originales que suscita el caso colombiano, ha pensado incluir este país en el estudio mencionado.

afinca, según lo establece el propio gobierno, sobre el “propósito de reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”. Queda entonces planteada la ecuación: búsqueda de la paz y modelos de justicia penal aplicados a actores ligados a una dinámica de conflicto armado degradado y endémico.

A continuación se adelanta un análisis del proyecto en su primera versión. Se hará énfasis en aquellos aspectos más relacionados con el tema general que nos ocupa, es decir, en relación con la justicia penal internacional y con el circuito internacional de los derechos humanos. Una vez que se presenta en detalle la primera versión del proyecto, se la contrasta con las modificaciones que se le han presentado; todo ello en función de las implicaciones y obligaciones que para el Estado colombiano surgen, tanto de la incorporación del Estatuto de Roma, como de un complejo de instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.1. Estructura general del proyecto de “alternatividad penal”

El proyecto de ley estatutaria n° 85, de 2003, presentado por el gobierno al Senado de la República, ha sido denominado “proyecto de alternatividad penal”, porque se trata de un complejo de normas fundado sobre la idea de no castigar penalmente a actores involucrados en graves crímenes y violaciones de derechos humanos, siempre y cuando estos actores se comprometan en procesos de paz verdaderos, entreguen sus armas al Estado y se desmovilicen.

El proyecto tiene una estructura articulada a beneficios penales: en todos los casos, la sanción penal —como pena privativa de la libertad— se sustituye por “penas alternativas”. En eso consiste el beneficio. Por esta razón, de inmediato, en círculos nacionales e internacionales el proyecto fue identificado como un proyecto de impunidad penal.

El proyecto de ley está dividido en tres capítulos, conformados por 19 artículos, con diversos párrafos aclaratorios. El primer capítulo se refiere a las definiciones, el segundo, a mecanismos procesales, y el tercero, a penas alternativas a la prisión.

El proyecto de ley estatutaria termina con unas consideraciones en las que se mezclan confusamente varios argumentos. Se rescata uno que puede considerarse, a pesar de su redacción confusa, en el marco de la clásica tensión expuesta por Max Weber entre una “ética política de convicción” y una “ética política de responsabilidad”.⁵ De hecho, esta tensión ha estado presente en numerosos intentos de procesos de paz formulados en diversos momentos, en los cuales la situación de violencia ha sido muy aguda.⁶

⁵ Max Weber, *Politik als Beruf*, Múnich-Leipzig, 1926.

⁶ Piénsese, por ejemplo, en los fundamentos políticos del estatuto penal denominado “ley de sometimiento a la justicia”, que en la década de los años noventa fue ideado con el propósito de someter a la justicia penal, con base en un sistema de rebajas de penas, a narcotraficantes y narcoterroristas, a cambio de la desactivación de sus máquinas de guerra.

Dice el proyecto:

Mientras que por un acuerdo de paz no se ofrezca a los acusados de cometer delitos graves la posibilidad de contribuir con sus esfuerzos a la consecución de la paz nacional, quienes los cometieron no se van a entregar y persistirán en sus campañas bélicas, seguramente con nuevas y brutales violaciones al derecho internacional humanitario, quedando los colombianos atrapados en una contradicción al parecer insoluble: para que haya plena justicia tendríamos que profundizar la guerra hasta límites inconcebibles para derrotar a todos los enemigos de la democracia y llevarlos a las cárceles, o explorar fórmulas audaces que no contrapongan la paz a la justicia, fórmulas que permitan superar el concepto estrecho de justicia que se centra en el castigo al culpable para acceder a un nuevo concepto de justicia que nos permita superar de manera efectiva el desangre y la barbarie a fin de reinstaurar plenas condiciones de convivencia.⁷

En los límites de estas tensiones se colocan las críticas y las observaciones de la comunidad jurídica nacional y, muy especialmente, de la comunidad internacional: la discusión sobre estándares mínimos en modelos de justicia transicional, en modelos de justicia pactada en función de procesos de paz, ha sido especialmente rica en el caso del proyecto que se estudia. Rica ha sido, también, la discusión alrededor de las relaciones entre el proyecto y su finalidad, y las normas —adoptadas por el Estado colombiano— del Estatuto de Roma; especialmente ardua ha sido la discusión alrededor de las relaciones entre impunidad, crímenes internacionales, Estatuto de Roma y procesos de paz.

2.2. Definiciones de víctima y reparación: blanco de la crítica internacional

El proyecto de ley estatutaria inicia con el capítulo sobre definiciones. Son tres: víctima, reparación y reparación simbólica.

Para el proyecto, víctima es “toda persona que individual o colectivamente haya sufrido algún daño, o cualquier otro perjuicio social como consecuencias de acciones u omisiones que constituyan violación de la ley penal en el conflicto armado”. La norma también considera como víctima el familiar o persona directamente vinculada con la víctima en sí del acto. Luego, la disposición establece que la “condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, procese o condene el autor de la conducta”. Esto último hace parte de la discusión sobre reparación integral, más en la lógica del derecho administrativo: el Estado, sin las peripecias del derecho penal y sus dificultades para hallar responsables en escenarios de conflicto, reconoce las víctimas y pasa a repararlas.

Sobre el tema de las víctimas se volverá más adelante, en el contexto de las modificaciones introducidas al proyecto de ley. Puede, en este momento, agregarse que el proyecto considera como reparación lo siguiente:

⁷ Nótese que el gobierno se refiere a violaciones al derecho internacional humanitario y no a violaciones de derechos humanos. El esquema general del proyecto omite esta alusión. De esta forma, como se enfatizará más adelante, crímenes internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, no están considerados dentro del concepto de *delitos graves* que maneja el proyecto.

Se entiende por reparación la compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación a cargo del autor, realizada a favor de la víctima por los mecanismos establecidos en la presente ley.

Como fórmulas de reparación se consideran las siguientes:

La realización de trabajo social a favor de la recuperación de las víctimas; la colaboración activa y efectiva con instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; el aporte de bienes a instituciones que se dediquen al trabajo social por la recuperación de las víctimas; la entrega de bienes al Estado para la reparación de las víctimas. Para este efecto créase el Fondo de Reparación. El gobierno nacional reglamentará la organización y funciones del Fondo; la manifestación pública de arrepentimiento; la colaboración activa y efectiva en la desmovilización de organizaciones armadas al margen de la ley; la colaboración eficaz al esclarecimiento de los hechos ocurridos con ocasión del conflicto; el aporte de información que contribuya eficazmente a la desarticulación de grupos organizados al margen de la ley.

Además del concepto de reparación reseñado, el proyecto agrega el concepto de “reparación simbólica”. Este último, un poco extraño, revela características de su articulado muy criticadas: se trata de una serie de acciones libradas a la mera simbolología —en la práctica, difíciles de ser practicadas— o a la mera voluntad de los actores beneficiados. El proyecto aclara entonces:

Se entiende por reparación simbólica la compensación de las consecuencias del hecho a través de una prestación realizada a favor de la comunidad afectada por el conflicto armado, o de la sociedad en general, cuando la prestación a favor de la víctima no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente.

La sensación, como se verá más adelante y que tiene que ver con lo que en criminología se denomina “selectividad del sistema penal”, es que en el proyecto la autoridad estatal queda muy librada a la buena voluntad de los actores; a que estos se “porten bien”, como se diría con cierta hilaridad.

2.3. La lógica del beneficio penal: la suspensión condicional de la pena

El capítulo II del proyecto se refiere de manera general a los “mecanismos procesales” que serán aplicados a los actores destinatarios de las normas. El artículo 2, dentro de ese capítulo, se refiere a un beneficio concreto, objeto de numerosas críticas; se trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, “para miembros de grupos armados organizados al margen de la ley cuando se encuentre comprometida la paz nacional”. Así, de acuerdo con el proyecto, “cuando estén de por medio los intereses de la paz nacional, el juez deberá conceder la suspensión de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada, previa solicitud exclusiva y discrecional del presidente de la República, siempre que concurren los siguientes requisitos”. Se destacan a continuación los más importantes:

1. Que la pena sea privativa de la libertad.
2. Que se trate de persona perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley que haya declarado un cese de hostilidades y participe activamente en un proceso de paz.

Esta condición ha dado pie para que en muchos sectores se diga que el proyecto está dirigido a los grupos denominados de autodefensa o paramilitares. Esto, por el hecho de que son miembros de estos grupos quienes específicamente se encuentran hoy vinculados a un proceso de paz, mientras que han sido descartados procesos con otros grupos ilegales.⁸ En cualquier caso, el proyecto se refiere de manera general a todos los grupos armados.

2.4. *Estado, sociedad y actores armados: ¿un desequilibrio estructural?*

La tercera condición establecida por la norma dice lo siguiente:

3. Que el condenado haya hecho expreso su compromiso de no cometer en adelante delito doloso.

Esta condición, que puede causar sin duda no solo extrañeza, sino hilaridad, expresa, como algunas siguientes, lo que se ha dicho previamente: parecería que la autoridad del Estado quedara librada al buen comportamiento y a la buena voluntad de los actores beneficiados y que, por lo tanto, el Estado y la sociedad que él representa, particularmente en su forma de víctimas, quedan en una posición desequilibrada; no se observan obligaciones claras para los actores. Las cuatro condiciones siguientes agudizan esta percepción:

4. Que el condenado se comprometa a ejecutar actos que contribuyan efectivamente a la reparación de las víctimas, la superación del conflicto y el logro de la paz, de conformidad con la presente ley.
5. Que el condenado se comprometa a no salir del país sin previa autorización judicial.
6. Que el condenado se comprometa a informar todo cambio de residencia.
7. Que el condenado se comprometa a comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.

El Estado le pide un buen comportamiento al sujeto beneficiado. La tradicional categoría con la cual ha trabajado la criminología —la noción de *selectividad* del sistema penal— podría ser aplicable a este caso. Se puede presentar la siguiente

⁸ Debe agregarse, a partir de los meses que han sucedido a la presentación inicial del proyecto, que la anterior observación, que pudo ser cierta en el mes de agosto de 2003, podría relativizarse hoy, en cuanto existen actualmente intentos de acercamiento del gobierno a otros actores armados ilegales, como es el caso del grupo guerrillero ELN. De todas maneras, el día 1° de julio de 2004, se dio inicio formal al proceso de paz con los grupos de autodefensa. En el centro de este proceso se sitúa la discusión acerca del tratamiento penal para los actores que conforman estos grupos.

hipótesis para el caso colombiano: cuanto más agresivo y más implacable sea un actor, cuanto más condenables sean sus actos y más víctimas ellos generen, menor será su expectativa real de ser castigado. Cuanto más graves sean los delitos que se cometan en la sociedad colombiana —por una especie de generalización perversa del paradigma del uso de la violencia para cualquier reivindicación— menor es la posibilidad de ser castigado.

Esta situación evidencia, a propósito, una de las falacias en relación con el discurso antiterrorista: mientras en otras naciones las legislaciones antiterroristas se aplican en principio —desde luego no sin las críticas necesarias a esas legislaciones— a los actores más violentos, en el caso colombiano, el gran terrorista se sitúa casi por fuera de toda posibilidad de acción de la norma penal. Él se encuentra, simplemente, por fuera del derecho: las normas no lo tocan.

No obstante, las normas siguen vigentes; estas se aplican. ¿A quiénes? Las normas seleccionan los pequeños delincuentes, los actores violentos situados al final de la fila, aquellos que incluso pueden ser chivos expiatorios dentro de las mismas organizaciones delictivas. En este contexto, ¿cuál es entonces el mensaje que se envía al resto de la sociedad? ¿Qué mensaje —si es que, por ejemplo, se defiende el fin de la prevención general como el fin de la pena más coherente en casos de violaciones a los derechos humanos— se le da a las víctimas y a quienes componen su entorno familiar y social? A estas consideraciones no responde, sin duda, el proyecto que se estudia. Al contrario, el mensaje parece ser el de una especie de *abolicionismo de facto* del sistema penal en función de ciertas coyunturas y de la violencia ejercida por actores específicos.

A propósito, vale la pena recordar aquí posturas arriesgadas y radicales agenciadas por autores ligados a la denominada criminología crítica. El llamado “abolicionismo del sistema penal” fue, en efecto, un postulado promovido por algunos representantes de esta postura criminológica revolucionaria en su momento. El nunca resuelto problema del dolor inútil propiciado por el derecho penal, la pregunta nunca suficientemente respondida acerca de la inutilidad de la sanción penal que representa la negación de bienes jurídicos, a partir de la afirmación de otros, se pretendían resolver a favor de una abolición del sistema penal. La creación de colonias agrícolas, en todo caso la abolición de la cárcel, eran algunas propuestas predominantes. A la selectividad inmanente del sistema penal, los autores críticos querían oponer su abolición. El punto de partida no solo era el dolor que produce el derecho penal, sino y sobre todo, los sujetos a los cuales se les aplicaba en la realidad las normas penales: los más débiles, los más desprotegidos.

En el caso que se estudia, no obstante, se podría hablar de una especie de abolicionismo del sistema penal, a partir, sobre todo, de la beligerancia de los actores. Ello vale para todos los que ejercitan violencia sobre el sistema. En una especie de movimiento de la teoría crítica sobre sí misma, en una especie de involución de las categorías que la componen —como es el caso de la *selectividad* del sistema penal— la

abolición se da, paradójicamente, por la exacerbación de la selectividad. Si los abolicionistas pensaban que la selectividad del sistema era una razón para abolirlo, ya que a él solo llegan los menos poderosos, aquí la abolición se da en función precisamente del poder que se ejerce contra la sociedad y contra el sistema penal. Por ese motivo el fenómeno de la impunidad se hace tan problemático y en muchos círculos de la sociedad civil se siente una especie de resignación y de frustración frente al sistema penal: el viejo adagio característico de Colombia, “la ley es para los de ruana”, es decir, para los más pobres e indefensos, adquiere aquí un cruel y renovado sentido. El mensaje de la impunidad se refuerza con el de la implacabilidad del sistema penal frente a los menos fuertes, y de esta manera todo el orden jurídico se degrada.

2.5. La ingerencia del Poder Ejecutivo sobre el sistema judicial: una práctica tradicional

Es necesario hacer referencia a un hecho significativo que se relaciona también con el problema de la selectividad del sistema penal y que, además, expresa un hecho claro en el caso colombiano: la tradicional injerencia del Poder Ejecutivo en las decisiones del aparato judicial. Tal como lo dice el artículo 2, ya citado, el beneficio de la suspensión condicional lo concederá el juez, “previa solicitud exclusiva del presidente de la República”. Es decir, el juez hará lo que le indique el jefe del gobierno.⁹

Ello, por inconcebible que pueda parecer, se inserta dentro de la lógica del derecho penal, instrumentalizado y politizado, en el caso colombiano: frente a normas difusas, en el caso del derecho penal sustancial, ligadas a persecuciones indiscriminadas de todo tipo de actores, el Poder Ejecutivo se guarda y conserva para sí grandes márgenes de presión sobre el sistema judicial, de tal manera que, de acuerdo con la coyuntura determinada, pueda ser perseguido un actor con más vehemencia. O, al contrario, de acuerdo también con la coyuntura, pueda ser beneficiado un actor específico.

Los tipos penales en blanco, característicos de legislaciones antiterroristas, se llenan al calor de las coyunturas políticas y del conflicto armado. Por ejemplo, si un actor de la violencia está involucrado en un proceso de paz, será castigado con mucha más tolerancia o no lo será; si en cambio conserva beligerancia o es simplemente considerado como un terrorista o un narcoterrorista, entonces las normas se dirigen contra él de una manera más contundente. Se trata de una consecuencia más de la confusión existente entre guerra y derecho; entre guerra, derecho penal y política. En el caso del proyecto que se estudia, no se trata de “mensajes” que al calor de las

⁹ Este fue un aspecto crítico que Kai Ambos, invitado a Colombia en el mes de setiembre de 2003 a diversos actos académicos, recalcó de manera más enfática. Para el observador extranjero, muy ligado a diversas reformas legislativas en el ámbito procesal en todo el continente, era inconcebible que el Poder Ejecutivo pudiese incidir de tal manera sobre el sistema judicial. Ello hace parte, empero, de la tradición histórica en el caso colombiano, tal como se verá inmediatamente.

coyunturas envía el jefe de gobierno al sistema judicial, sino de decisiones directas que aquél toma. La tradicional categoría desarrollada por la criminología, el “poder de definición”, opera aquí con toda claridad: un actor es lo que el Estado dice que es —en este caso, el gobierno— prácticamente con independencia de sus actos. La valoración de los hechos tiene un carácter en todo caso más político que jurídico.

2.6. *Duración del beneficio penal*

Una vez que el proyecto de ley ha hecho referencia a la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, agrega lo siguiente: este se concederá por un período de prueba de uno a cinco años. Habría una comisión de verificación que evaluaría el cumplimiento, por parte del actor beneficiado, de las condiciones señaladas para otorgar el beneficio. Concluye así la norma, que es el artículo 3° del proyecto: “Se considerará que el condenado ha cumplido los anteriores requisitos cuando así lo certifique la comisión de verificación, previo el informe respectivo el juez”.

Por su parte, el artículo 5° concede la “libertad definitiva” al sujeto del beneficio. Dice la norma: “Pasados cinco años de concedido el beneficio de suspensión condicional de la pena, el juez podrá otorgar la libertad definitiva al condenado que haya cumplido, de acuerdo con la Comisión de Verificación, las obligaciones a su cargo y en especial la ejecución de los actos de reparación en los términos del artículo 6 de la presente ley”. (Es importante aclarar que, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 8, “El presidente de la República quedará facultado para determinar la integración, estructura y funcionamiento de la Comisión de Verificación”).

2.7. *Alternatividad o impunidad: equilibrios políticos frente a una gran disyuntiva*

Es interesante notar que el centro de articulación de la estructura del proyecto, el capítulo que refiere a las “penas alternativas a la prisión”, se encuentra en la parte final. Primero se establecen los beneficios de carácter procesal y, luego, se definen las “penas” alternativas. Son siete. (Ellas deben entenderse, de acuerdo con una lectura sistemática del proyecto, en función de lo dicho al principio, sobre la buena voluntad y sobre el buen comportamiento que de una manera casi sumisa el Estado solicita a los actores). Se trata de las siguientes:

- a. La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. [Hasta por 10 años]
- b. La inhabilitación para el acceso a cargos de elección popular. [Hasta por 10 años].
- c. La prohibición del derecho a la tenencia y/o porte de armas. [Hasta por 10 años].¹⁰

¹⁰ A un observador extranjero puede causarle cierta extrañeza el hecho de que en Colombia, en la ciudad de Bogotá por ejemplo, se adelanten campañas —el caso de ciertos fines de semana— en las

- d. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos. [Se incluyen lugares en donde el actor haya delinquido o lugares de residencia de las víctimas. Ello se relaciona con el numeral *f*. Se trataría de una restricción hasta por 20 años].
- e. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
- f. La prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas. [Hasta por 10 años].
- g. La restricción geográfica de la libertad. [El juez la establecerá y la restricción puede ser hasta por 10 años].

Nótese que en diversas disposiciones se recalca el factor territorial. Esto es importante y se relaciona con un hecho histórico fundamental: el Estado colombiano ha sido reemplazado y sustituido en numerosas regiones por actores particulares. Se trata de un territorio feudalizado, cerrado en muchas ocasiones sobre sí mismo y articulado por verdaderos ejércitos particulares. Los señores de la guerra ejercen soberanía de facto sobre sus territorios y tienen ejércitos propios para su defensa.

El jefe máximo paramilitar, en su discurso en la instalación de la mesa de negociaciones entre el gobierno y estos grupos, el 1° de julio de 2004, en un territorio denominado “Santa Fe de Realito”, acentuó el carácter feudalizado del territorio colombiano. En la narración histórica de los hechos hizo énfasis, desde su perspectiva, en la falta de presencia del Estado allí donde ellos (los paramilitares) hacen las veces del Estado; subrayó en el discurso el hecho fáctico innegable de que el Estado colombiano es un Estado sustituido por actores particulares.¹¹

3. Proyecto de ley estatutaria y procesos de paz: el problema de las violaciones masivas de derechos humanos

Como se ha mencionado, el proyecto se presentó en un momento en el cual tuvieron lugar acercamientos muy concretos con uno de los actores del conflicto, con las autodenominadas “autodefensas unidas de Colombia” o que otros denominan “grupos paramilitares”. De hecho, al final del año 2003 se inició un proceso de desmovilización de un grupo significativo de estas fuerzas, 800 miembros, y en el mes de mayo de 2004 se formalizó un acuerdo con jefes del grupo. Este acuerdo incluye

que se solicita a los ciudadanos que se desarmen. Ello causa extrañeza, desde luego, en la medida en que lo normal es que no existan por doquier personas armadas y que el Estado controle el uso de las armas. Pero este no es el caso del país: hay una masiva distribución y circulación de armas, legales e ilegales; desde hace muchos años existe en numerosas familias una especie de culto a las armas y, en todo caso, existe la percepción de la necesidad de autodefenderse en cualquier momento. En el caso que se estudia, además de fenómenos culturales de convivencia permanente con diversas formas de violencia, esta pena alternativa hace relación al hecho de que el gobierno ha establecido claramente que su objetivo es “desmovilizar” a los actores armados y reincorporarlos a la vida civil, lo cual requiere, de suyo, el desarme de estos: la búsqueda de una monopolización del ejercicio de las armas y de la coerción.

¹¹ “Paras y gobierno exponen sus cartas”, en *El Tiempo*, Bogotá, 2 de julio de 2004, pp. 1-6.

la creación de una zona territorial que ocupan desde entonces miembros importantes de la organización, que no serán, en función del proceso de paz iniciado, perseguidos militar o judicialmente. (Tampoco serán extraditados al extranjero, problema complejo, como se verá, ya que hay diversos jefes que han sido solicitados por Estados Unidos en extradición por el delito de narcotráfico).

El proceso de paz con estos actores se ha iniciado formalmente con la instalación, el 1° de julio de 2004, de la mesa de diálogo en la denominada “zona de concentración”. La discusión en torno del proyecto de ley ha corrido paralela entonces a los acercamientos entre el gobierno y estos actores, en función de la búsqueda de la paz. Como se estudiará a continuación, la comunidad internacional ha estado muy activa en la discusión, no solo en relación con el proyecto que se reseña, sino respecto de los pormenores del proceso de paz.

En el acto de instalación de la mesa de diálogo estuvieron presentes, por ejemplo, delegados de las Naciones Unidas y de la OEA, entre otros. Además, el jefe del gobierno colombiano ha insistido en la imposibilidad material de adelantar un proceso de paz, que tiene costos económicos ingentes, sin la ayuda de la comunidad internacional. Algunos países europeos han sido especialmente activos en este sentido. La inserción en la legalidad de actores ilegales, cuando se habla de más de 15.000 hombres que se estima componen estos grupos, tiene un costo económico enorme.¹²

3.1. *Acompañamiento del proceso de paz por parte de la OEA*

El proceso de paz o de acercamiento del Estado con los grupos de autodefensa ha sido acompañado por la Organización de Estados Americanos. En algún momento se generó una especie de diferencia entre las Naciones Unidas y la OEA, que pudo ser saldada rápidamente. El hecho de que un ex presidente de Colombia fuese todavía, al momento de los acercamientos, secretario general de la OEA, incidió mucho en la decisión de acompañamiento.

Desde finales del año 2003, la persona encargada para la tarea por parte del sistema de la OEA es el argentino Sergio Caramagna. La experiencia en Centroamérica en procesos de acercamiento con grupos paramilitares fue decisiva para su elección en función del apoyo a los diálogos en Colombia. El señor Caramagna insistió desde un principio en la concentración de los miembros del grupo irregular en un territorio específico con el propósito de hacer más viable el trabajo con ellos, al

¹² Según las palabras del embajador holandés en Colombia, quien ha participado activamente desde hace varios años en acercamientos malogrados con las guerrillas, la Unión Europea acompañará este nuevo proceso con los grupos de autodefensas, pero fue enfático en subrayar el problema de la impunidad: “Los crímenes atroces que los paramilitares han cometido durante muchos años, tienen que tener consecuencias. Los paramilitares tienen que someterse a la justicia”. Entrevista a Teunis Kamper, en *El Tiempo*, ibídem.

mismo tiempo en que en ese territorio deberían quedar suspendidas las órdenes de captura para los jefes de la organización.

3.2. *La OEA y el sistema interamericano de derechos humanos: ¿cómo saldar el problema de la impunidad?*

Pero el proceso de acercamiento ha sido también discutido. Se reprochó desde el principio al secretario general de la OEA la falta de consulta con los países miembros acerca de una decisión tan importante; al final, ha existido una especie de consenso entre estos países. No obstante, es previsible una confrontación entre los órganos políticos del sistema de la OEA y los órganos judiciales, compuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana.

¿En qué sentido una confrontación? En el sentido de la jurisprudencia y de los antecedentes, que son claros dentro del sistema interamericano de derechos humanos en relación con la impunidad. Es decir, como lo han advertido, especialmente miembros de organizaciones de la sociedad civil de carácter internacional, si se hace un acompañamiento por parte de la OEA al proceso de paz en Colombia, este necesariamente debe hacerse en consonancia con el Pacto de San José y los demás instrumentos que conforman las directrices del sistema. Y, en función de esa carta de derechos, los órganos judiciales han sido enfáticos en relación con la no impunidad en casos de violaciones de derechos humanos.

A propósito, en la segunda mitad del mes de julio de 2004 ocurrió un hecho con gran repercusión sobre el tema que nos ocupa: la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado colombiano a pagar la suma de 6 millones de dólares por la omisión de sus agentes en la ocurrencia de una masacre adelantada por grupos paramilitares en 1987 contra miembros de la sociedad civil. Incluso en los medios más conservadores del país se aceptó la evidente responsabilidad del Estado y se llamó la atención sobre la ilimitada duración de este tipo de procesos y la incapacidad institucional de darles solución. El problema de la impunidad fue puesto de nuevo en escena, a raíz del fallo mencionado.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, en la constelación internacional no es previsible la búsqueda de la paz a cualquier precio, sobre todo al precio de la impunidad generalizada. Incluso el propio secretario general de la OEA, en visita a Colombia en los días de la decisión sobre el acompañamiento al proceso de paz, insistió en que no solo políticamente, sino sobre todo jurídicamente, era muy inviable un proceso de paz basado en la no penalización de las violaciones a los derechos humanos.¹³

¹³ En una entrevista, el secretario general de la OEA aún en ejercicio de su cargo, en enero de 2004, aclaró lo siguiente: “Yo creo que para personas que hoy sean paramilitares y jefes de estos grupos, y que estén involucrados en temas de narcotráfico, es muy difícil pensar que puedan salir e irse a su casa. No me imagino que eso se pueda dar y no se va a dar en Colombia”, en *El Tiempo*, Bogotá, 27 de enero de 2004. Nótese que el acento se da en el caso de delitos como el narcotráfico y

La sustitución sistemática de las penas de prisión, por toda suerte de actividades o de mecanismos alternos, ha sido objetada de manera masiva. El problema es, no obstante, que los miembros de los grupos con los cuales existe acercamiento, particularmente los jefes, han insistido en la inviabilidad de su entrega de las armas y de su desmovilización, mientras haya castigo penal para ellos. Quedó planteada así desde el principio una disputa muy compleja. Es de advertirse que el presidente de la República presentó su proyecto de alternatividad a la comunidad internacional en sede de Naciones Unidas, en Nueva York, a finales del año 2003 y él mismo, luego de múltiples objeciones, aceptó la necesidad de reformular el proyecto. En efecto, tal como se hizo público, “el proyecto presentado el año anterior generó una gran polémica en el país y en el exterior y fue criticado por la ONU, la Unión Europea y muchas organizaciones de derechos humanos”.¹⁴

3.3. *Los estándares internacionales: límites jurídicos al mero decisionismo gubernamental*

Colombia ha sido un país pionero en la incorporación de diversos instrumentos internacionales, tanto de derechos humanos, como aquellos que pueden ser considerados instrumentos de carácter penal, como es el caso, por ejemplo, de la Convención de Palermo contra el Crimen Organizado. Desde el año 1991 existe una Constitución política que ha abierto, por vía del denominado “bloque de constitucionalidad”, el marco de interpretación y de validez de los instrumentos internacionales y su importancia en el derecho público interno.

Este proceso de internacionalización genera, desde luego, responsabilidades: no se trata de instrumentos meramente simbólicos; las responsabilidades se articulan, además, a la presencia de la comunidad internacional —especialmente aquella ligada a los derechos humanos— que desde hace unos años ha intensificado su interés por el país, al mismo tiempo que ha intensificado sus exigencias respecto a los compromisos. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sido especialmente enfática en las críticas al proyecto: el motivo loable de la paz no es el que se critica, sino los medios para lograrlo. El problema de la impunidad ha estado en el centro de sus cuestionamientos.¹⁵

no en crímenes internacionales. Esta ha sido también una variante de la discusión. Como se verá, el acento en el caso de los Estados Unidos y sus reservas al proceso de paz, se da más en función del narcotráfico y de la extradición de los jefes paramilitares; mientras que el acento de la Unión Europea se ha dado más en función de las violaciones de derechos humanos.

¹⁴ *El Tiempo*, Bogotá, 31 de marzo de 2004, pp. 1-5. La necesidad de establecer penas efectivas, así estas fueran mínimas, se constituyó en la exigencia mayor para la reforma de la versión inicial del proyecto.

¹⁵ Esta Oficina ha sido especialmente activa en relación con el tema, tanto en foros académicos, a través de su representante, como en escenarios institucionales. Ha presentado documentos al Senado de la República con observaciones al proyecto de ley inicial y ha hecho públicas sus observa-

Gran parte de la crítica se ha adelantado en función de los destinatarios del proyecto de alternatividad, por lo menos de los destinatarios inmediatos: grupos asociados de manera tradicional a masivas violaciones de derechos humanos. Hay que anotar, no obstante, que hoy en día este es, desde luego, un hecho generalizado; en un escenario confuso y degradado por una guerra sin fin, la población civil es la que sufre las consecuencias de las acciones de todos los actores de la guerra.

En ese sentido, una normatividad como la del Estatuto de Roma, positivizada y no ligada a fenómenos articulados a justificaciones morales o a escenarios manipulados a partir de la noción de *justa causa*; o que no se articula a partir de consideraciones de justicia supralegal, sino a consensos regulados normativamente, es fundamental. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, según el Estatuto, se deben castigar, vengan de donde vengan.

El contexto general, en el cual se mueve el catálogo de sus normas, es el de la lucha contra la impunidad. Este es el *leit motiv* de su articulado. Pero justamente desde esa perspectiva es que se agudizan más las tensiones entre la búsqueda de la paz a través de negociaciones con actores violentos y ligados a crímenes internacionales, y el derecho penal. Desde esta perspectiva, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para Colombia, ha considerado, de manera reiterada, que el denominado proyecto de alternatividad viola el Estatuto de Roma y los compromisos internacionales contraídos por Colombia. Señala la Oficina, al respecto: “El proyecto de ley hace caso omiso de la existencia de la Corte Penal Internacional y de las obligaciones que impone a Colombia el Estatuto de Roma, en lo que se refiere a la persecución penal de las conductas constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”.¹⁶

4. Proyecto de alternatividad penal y Estatuto de Roma: contradicciones insalvables

En relación con el desconocimiento del Estatuto de Roma por parte del proyecto de ley estatutaria, surgen diversas posiciones: unas acentúan el fenómeno de la complementariedad, otras el fenómeno de la lucha contra la impunidad como fin del

ciones al pliego de modificaciones. Sobre el fenómeno específico de la impunidad, véase Michael Frühling, “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario “La Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia”*, Bogotá, febrero de 2004, pp. 17 y ss.

¹⁶ Intervención de la Oficina del Alto Comisionado ante la Comisión Primera del Senado de la República, inmediatamente de presentado el proyecto de ley, el 23 de setiembre de 2003. A lo expuesto, agrega la Oficina: “De la posibilidad de beneficiarse con la suspensión condicional de la ejecución de la pena no excluye el proyecto a los condenados por violaciones graves de los derechos humanos ni por crímenes de guerra. Con esto se contrarían los preceptos internacionales que imponen al Estado la obligación de investigar y de sancionar adecuadamente (esto es con penas proporcionales) a los responsables de dichas violaciones e infracciones, así como de lucha contra la impunidad”.

Estatuto; otras, el problema de la cosa juzgada. Este es el caso del Alto Comisionado. La Oficina enfatiza más el preámbulo del Estatuto, el fin de lucha contra la impunidad y el artículo 20, numeral 3, letra c del Estatuto, que se refiere al problema de la cosa juzgada. La *incompatibilidad* de la decisión penal, con una verdadera “intención de someter a la persona a la acción de la justicia”, es el aspecto subrayado por el Alto Comisionado. Ello tendría que ver de alguna manera con el fenómeno de la verdadera *voluntad* política de aplicar justicia, aspecto que se estudia más adelante. Esta diversidad es muy importante, pues se trata de ir desarrollando modelos de interpretación de las normas del Estatuto, en función de problemas muy concretos y muy específicos de los diversos países que han incorporado sus normas.

En relación con la complementariedad, en un trabajo muy interesante, elaborado a partir de consideraciones de teoría jurídica, y a partir del desarrollo de fórmulas de interpretación del artículo 17 del Estatuto de Roma, se estudia de manera particular el probable significado de expresiones difíciles como el “colapso total o sustancial” de la administración nacional de justicia en un país. El punto de partida es la pregunta de si existe, en las condiciones de alternatividad planteadas por el proyecto, una posible *incapacidad* del Estado colombiano para investigar o enjuiciar un asunto de competencia de la Corte. La conclusión del autor es que el proyecto de alternatividad constituye una forma o expresión de *colapso sustancial* de la administración de justicia de Colombia, en la medida en que actores involucrados en crímenes de guerra serían formal y absolutamente perdonados por la administración de justicia. No se trataría de un colapso total, porque existe una institucionalidad, pero las normas no operan en la práctica; se vuelven puramente formales.¹⁷

Además, el trabajo enfatiza en que a pesar de que existen múltiples órdenes de captura para miembros de todos los grupos armados ilegales, estas nunca se han hecho efectivas. Para el autor ello, junto al proyecto, permite concluir que “se trataría, pues, de la configuración plena de la *incapacidad* del Estado colombiano, lo cual activaría la competencia de la Corte”.¹⁸

¹⁷ Danilo Rojas, “Impunidad y Corte Penal Internacional. La eficacia de la Corte vista desde la complementariedad. Análisis a partir del caso colombiano”, texto inédito, Bogotá, setiembre de 2003, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 21. Es necesario aclarar que en el caso colombiano ocurren hechos muy particulares, especialmente relacionados con la incapacidad del Estado para hacer efectivas las órdenes de captura. De manera tradicional, los jefes guerrilleros han sido visitados por periodistas nacionales y extranjeros, se les entrevista, se hacen documentales sobre ellos, etc. y, sin embargo, los organismos estatales no los logran capturar. De igual manera está ocurriendo hoy con jefes paramilitares. ¿Es posible pensar que los periodistas lleguen a lugares donde no llega el ejército o los funcionarios que deben por principio ejecutar las órdenes de captura? ¿Puede concebirse ello, tanto más cuanto que las entrevistas a los actores se hacen públicas? El punto de partida para entender esta situación *sui generis* puede hallarse en la siguiente constatación: se trata de actores que están por fuera del alcance de la norma, por fuera del alcance del derecho.

Para otros autores, en este caso un observador desde hace tiempo de la situación colombiana, si bien el problema de la capacidad es relevante, en el fondo lo es más el fenómeno de la *voluntad* política para aplicar las normas del Estatuto. Así, “el tema más complicado que suscita el artículo 17 se refiere a la voluntad y *capacidad* del Estado. Cuando se habla de la expresión ‘capacidad’, ella se entiende de inmediato con las situaciones en las cuales se habla de un *failed state*, caso que no es el colombiano; pero también se podría entender como una falta de capacidad cuando no existe legislación interna en el Estado que permita hacer una imputación por crímenes internacionales, lo cual no es el caso colombiano”.¹⁹ El punto de atención se desplaza entonces: “Otro tema es, sin embargo, la cuestión de la *voluntad*”.

A juicio del autor, también en relación con el artículo 17 del Estatuto de Roma, “el proyecto de ley, en sí mismo considerado, pone en evidencia la falta de voluntad del gobierno encaminada a velar por el castigo de estos delitos”.²⁰ Hace alusión a la tradición de Colombia, en la cual han existido cláusulas de exclusión, en el caso de beneficios penales, para los denominados *delitos atroces*. Incluso, agrega el autor, “recientemente la ley 782, de diciembre de 2002, prevé la posibilidad de conceder el indulto salvo para ‘las conductas constitutivas de actos atroces, de ferocidad, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión’ (cf. artículo 19)”.²¹ Concluye finalmente: “es muy difícil sostener la compatibilidad del proyecto con el derecho penal internacional”.²²

¹⁹ Kai Ambos, “Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario La Corte Penal internacional. Instrumento de paz para Colombia*, o. cit. p. 223. Aquí se puede entender una de las dificultades mayores que presenta el caso colombiano: la existencia de un sistema que, desde el punto de vista político, es democrático, que tiene un aparato de justicia, que tiene una institucionalidad, al mismo tiempo que vive una situación de violencia y de anomia muy generalizada. Por esa razón es difícil referirse a él como un *failed state*, a la manera de un Estado africano, por ejemplo, totalmente colapsado; no obstante, por eso es interesante una aproximación interpretativa al concepto de *colapso sustancial* que, más allá de la existencia formal de las instituciones, se debe detener en el funcionamiento y en la operación real de estas: ¿De qué sirve una institucionalidad formal si en la práctica no se pueden aplicar las normas? A ello se refiere Danilo Rojas cuando piensa que existe un colapso sustancial en la administración de justicia en Colombia.

²⁰ Kai Ambos, *ibidem*, p. 223.

²¹ Es importante aclarar que en el caso de la norma citada de la ley 782, se recoge el texto normativo que tradicionalmente ha regido el caso colombiano, sobre exclusión de los delitos atroces del ámbito de los delitos políticos, artículo 127 del Código Penal de 1980, que se refería a la exclusión de los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo. Estas nociones tradicionales se enriquecen hoy con la constelación general de normas que se refieren a los crímenes internacionales. Desde el punto de vista del derecho comparado, es importante anotar que, tal como lo enfatiza el mismo Kai Ambos en diversas conferencias, la noción de *delitos atroces*, como marco de exclusión de indultos y amnistías, es un aporte concreto de Colombia al derecho público latinoamericano.

²² *Ibidem*, p. 25.

4.1. El proyecto de alternatividad: ¿una especie de indulto?

El problema de los indultos y sus relaciones con el Estatuto de Roma conduce a reseñar otra fórmula de interpretación acerca de las normas del Estatuto que serían violadas por el proyecto de ley. Es el caso de la interpretación seguida por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado. Según las observaciones presentadas por la Oficina al Senado de la República, en relación con el beneficio de suspensión condicional de la pena, “no queda clara la distinción entre el beneficio previsto y un indulto, ya que los efectos prácticos de aquél pueden ser similares a los de este último y tener serias consecuencias en materia de impunidad”.²³

Cuando se presentó en este escrito la estructura del proyecto, se hizo énfasis en el hecho curioso de que el proyecto hiciera referencia a la concesión de un beneficio y luego se refiriera a las condiciones para otorgarlo, a los requisitos de funcionamiento de la comisión de verificación y que, por último, se refiriera a las sanciones “alternativas”.

Ello ha llevado a numerosos críticos a afirmar que el beneficio es, en realidad, un indulto por delitos supremamente graves, articulado a decisiones del Poder Ejecutivo y en el contexto de una justicia penal altamente politizada. Incluso, frente a la presentación social que se hizo del proyecto de alternatividad, justificado entre otras razones a partir del antecedente del acuerdo del Viernes Santo, celebrado el 10 de abril de 1998, entre el Reino Unido e Irlanda, respecto del cual se idearon fórmulas de beneficios penales en función de la paz, se ha dicho que no es válido enfatizar ese antecedente, ya que en ese caso el beneficio fue posterior al proceso de paz y no anterior o como condición previa de él. En el caso colombiano, primero se otorga el beneficio y luego se espera los resultados de un proceso de paz. Normalmente debe ser al contrario: el beneficio llega al final del proceso.²⁴

En relación con el tema general de la impunidad, en el proyecto hay un hecho tratado sin duda con sutileza e inteligencia: se hace referencia, respecto de los sujetos del beneficio, a que se trate de personas *condenadas*. Habría así una declaración expresa de responsabilidad penal por parte del Estado y, por lo tanto, no se trataría de un acto de impunidad. De igual manera, en este contexto no podría decirse que habría *indisposición* del Estado en los términos del artículo 17 del Estatuto de Roma.²⁵

²³ A esta conclusión llega un autor citado, cuando afirma que el proyecto de ley estatutaria es, en realidad, un “indulto disfrazado”. Danilo Rojas, “Impunidad...”, o. cit., p. 22.

²⁴ El antecedente ha sido citado reiteradamente por el Ejecutivo y se hizo referencia a él en la exposición de motivos del proyecto. En cualquier caso, es conducente pensar que hay una diferencia fundamental entre el acuerdo del Viernes Santo y lo que ocurre en Colombia, y es precisamente “la existencia de la Corte Penal Internacional creada tres meses después del acuerdo británico-irlandés. Ya no es posible hacer caso omiso al Estatuto de Roma”. Danilo Rojas, o. cit., p. 27.

²⁵ En una entrevista adelantada al comisionado de paz en Colombia y gestor de los acercamientos a grupos ilegales, este aseguraba que el proyecto tenía el buen cuidado de otorgar los beneficios, siempre y cuando se tratara de sujetos condenados, de tal manera que con ello no se generaba impuni-

Estas observaciones tendrían sentido, desde luego, si se manejara una concepción absolutamente restringida del fenómeno de la impunidad, una visión estrictamente formal del derecho. Una declaración meramente formal de responsabilidad, seguida de mecanismos que hacen inviable en la práctica las consecuencias de esa declaración, no indica que actúe efectivamente la administración de justicia, no indica que se aplique la norma penal. Justo en esta dirección, tratándose de casos en los cuales se juzgan violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional colombiana, relativizando los efectos de la cosa juzgada absoluta, ha dicho que “la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir la reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente”.²⁶

4.2. *Ambigüedades en el tratamiento de las víctimas*

En relación con el tratamiento a las víctimas, la crítica al proyecto se ha referido particularmente a la carencia de mecanismos reales de reparación a las víctimas; a la ambigüedad, dentro del proyecto, de la posición de la víctima y de los mecanismos para resarcirla. A propósito, en el texto citado del Alto Comisionado, se establece lo siguiente en relación con la primera versión del proyecto: “la definición contenida en el proyecto de ley no recoge adecuadamente las contenidas en los instrumentos internacionales, en particular en cuanto a los hechos que producen la victimización, a la relación entre víctima directa y otras víctimas, a las conductas punibles que puedan ocasionar daño, y en cuanto al concepto mismo de daño”.²⁷

En relación con las víctimas debe entenderse con claridad que el problema de la desmovilización, de la incorporación a la civilidad de actores armados violentos, no solo se refiere a ellos; se refiere también, o debe referirse, a las víctimas. Es decir, en un país azotado por décadas de violencia y de prácticas de venganza de la misma violencia, en el cual muchos de los miembros de grupos armados se han visto involucrados —incluso por suerte del destino— en lógicas de acción violenta por la muerte de familiares o pérdida de trabajo o pertenencias, y en el cual los ciudadanos corrien-

dad. Luis Carlos Restrepo, “Conversación”, en: *Revista de El Espectador*, Bogotá, n° 167, 26 de setiembre de 2003, pp. 7-9.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia n° C-004 de 2003, fundamento jurídico n° 32.

²⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, observaciones presentadas ante la Comisión Primera del Senado de la República en relación con el proyecto de alternatividad penal, el 23 de setiembre de 2003. Esta oficina ha producido diversos documentos, en los cuales se recalcan las directrices desarrolladas en el ámbito internacional, en relación con los múltiples derechos de las víctimas. Véase, a manera de ejemplo, “Patrones internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para lograr la superación del conflicto armado interno”, intervención de Michael Frühling ante el Senado de la República el 2 de abril de 2004, en las Jornadas de Concertación Social para Superar el Fenómeno del Paramilitarismo.

tes sufren hoy el impacto de la violencia, es necesario reconstruir, en el mundo del derecho, esas conciencias perdidas o evitar que las víctimas tomen siempre la justicia por sus propias manos.

En ese sentido se habla aquí de reincorporación: no desde luego en el mismo sentido que en el caso de los actores armados; en un sentido incluso más complejo: hacer creer en el valor del derecho y en una mínima institucionalidad, a ciudadanos inermes que han sufrido violación de derechos mínimos que están reconocidos en todas las cartas de derechos. Si, como lo dice bien Girard, el derecho moderno descarga al ciudadano normal del “terrible deber de la venganza”, esta no es solamente una función del derecho penal; debe serlo de todo el ordenamiento jurídico.

La sanción penal apenas puede, en un momento determinado, interrumpir el circuito sin fin de la venganza, al constituir ella, como dice el mismo Girard, la “última palabra de la venganza”.²⁸ Pero, y más tratándose de casos que involucran graves violaciones de derechos humanos, los cuales duran años antes de que sean eventualmente decididos y de alguna manera compensadas las víctimas, el Estado y su derecho deben buscar mecanismos rápidos y certeros de reparación, de reconocimiento del dolor de las víctimas, de búsqueda de la verdad, de reconciliación de ellas con el entorno social en que viven y en el que han sufrido las pérdidas.

En esta dirección adquiere especial sentido la discusión hoy en torno de la triada verdad, justicia y reparación; en este contexto adquiere sentido la reflexión acerca de los modelos diversos de justicia transicional; además, adquiere sentido la propuesta de crear comisiones de verdad —extrañamente rechazadas de manera reiterada por parte del gobierno—; en este sentido, finalmente, adquiere valor la noción de *reconciliación* y de sus efectos terapéuticos en escenarios sociales devastados por la violencia.

5. Pliego de modificaciones: hacia un consenso sobre estándares mínimos

En razón de las múltiples críticas y de la presión internacional, el gobierno se ha visto en la necesidad de modificar el proyecto inicial. La primera vez que se anunció un nuevo “borrador de alternatividad” fue el 5 de febrero de 2004. En un diario se anunciaba que, según lo que se discutía en el Congreso de la República, se harían los siguientes cambios: “para los efectos exclusivos de la presente ley, cuando se trate de delitos de lesa humanidad, la pena de prisión que se suspende en aplicación del artículo 2, será reemplazada por la restricción geográfica de la libertad”.²⁹ Luego, el borrador establecía que esa restricción podía llevarse a cabo en el “lugar de domicilio del condenado”, o que ella podría llevarse a cabo eventualmente en el exterior, “cuando así lo determine el gobierno”.

²⁸ René Girard, *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, 1995, p. 23.

²⁹ *El Tiempo*, Bogotá, 5 de febrero de 2004, pp. 1-3.

Es interesante observar que esa era la primera vez que se hablaba, en escenarios públicos, de delitos de lesa humanidad. Al respecto hay que anotar que en relación con la comunidad internacional se han presentado dos posiciones diversas, aunque hay matices, desde luego, en ellas. De una parte, en el caso de los Estados Unidos, se ha enfatizado más en el problema de los delitos de narcotráfico cometidos por los actores que recibirían los beneficios; en el caso de algunos países europeos, se ha enfatizado más en el problema de la impunidad de los delitos de lesa humanidad.³⁰ En este último sentido se percibe el cambio en la discusión del proyecto. Pero el pliego de modificaciones, anunciado por el medio, seguiría haciendo referencia a mecanismos sustitutivos de la pena; se cambiaría la excarcelación por una suerte de detención domiciliaria, en escenarios territoriales ligados al conflicto. Con cierta hilaridad, un congresista sostenía que socialmente no había manera de justificar que, por la comisión de tan graves crímenes, se ofreciera “casa por cárcel”.³¹

De otra parte y con razón, se argumentaba que la posibilidad expuesta en el borrador, de cómo “la pena alternativa podrá cumplirse en el exterior”, cuando así lo determinara el gobierno, significaba una especie de extradición, que seguramente no iba a ser aceptada por los actores beneficiados.

En la primera semana de abril de 2004 se presentó al Senado, por parte del gobierno, el pliego de modificaciones al proyecto de ley estatutaria inicialmente concebido. Las modificaciones se refieren a puntos álgidos enfatizados por las múltiples críticas. Se trata de un documento interesante y complejo, que hace verdaderos malabares jurídicos y políticos para adecuarse, de manera particular, a ciertos mínimos sugeridos por los estándares internacionales. No obstante, quedan muchos vacíos y cuestiones fundamentales por resolver. En todo caso, el modelo inicialmente planteado se hizo insostenible: o se modificaba el proyecto o se “hundía” en el Parlamento.³²

A continuación se adelantará un análisis del pliego de modificaciones y se resaltará aquellos aspectos más relacionados con el tema general de esta reflexión.

5.1. Del perdón absoluto a rebajas sustanciales de la pena

El pliego conserva figuras y elementos centrales del proyecto inicial y modifica aspectos muy debatidos. Hay que destacar, en primer lugar, que el nuevo documento, dentro del artículo 1º sobre “definiciones”, introduce la noción de “pena alternativa”. La denomina así: “Se entiende por pena alternativa aquella porción de la condena impuesta cuyo cumplimiento consistirá en la privación efectiva de la libertad por un

³⁰ Sin embargo, tal como se verá, el pliego de modificaciones al proyecto se restringe a las infracciones al derecho internacional humanitario y deja por fuera los delitos de lesa humanidad. Este es uno de los temas que más se discutirán, sin duda, en el Congreso de la República.

³¹ *El Tiempo*, l. cit.

³² Por esa razón se hablaba en los medios de cambios que se convertirían en “salvavidas de la iniciativa gubernamental”. *El Tiempo*, Bogotá, 31 de marzo de 2004, pp. 1-5.

periodo no inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10) años. Ésta será establecida por el Tribunal para la verdad, la justicia y la reparación a favor de aquellas personas que cumplan con los requisitos para acceder a los beneficios de que trata la presente ley, en las condiciones que aquí se señalan”.

De acuerdo con esta norma, el proyecto puede seguir denominándose “de alternatividad penal” o, si se quiere, de alternatividad relativa o relativizada. Se sigue utilizando el lenguaje de la pena alternativa, pero esta consistiría entonces en una pena privativa de la libertad, disminuida sustancialmente, si se tiene en cuenta que las penas previstas para delitos tan graves son todas muy altas. Nótese que el artículo 2° del pliego, respecto de las funciones asignadas a un tribunal especial, en uno de sus apartes señala que a este le correspondería “tasar, de conformidad con los principios de proporcionalidad y necesidad, la porción de la pena cuyo cumplimiento debe hacerse efectivo”.

Tal como está redactado el pliego de modificaciones, la proporcionalidad a la cual debe someterse el juez se refiere al ámbito punitivo previamente previsto de 5 a 10 años, es decir, debe actuar dentro del marco del beneficio otorgado y no en relación con las penas, muy altas, previstas en el Código Penal. (En este caso, desde luego, el requisito de la proporcionalidad, no sale muy bien librado).

El artículo 1° comentado se encuentra situado en la lógica de modelos penales usados no solo en Colombia, sino en otros países, frente a narcotraficantes, por ejemplo. Es el caso de la denominada “ley de sometimiento a la justicia” que ya ha sido reseñada, que operó en Colombia en los años noventa y que representaba una suerte de fórmula de negociación con ciertos actores, de tal forma que ellos dejaban de delinquir, entregaban sus armas si fuera el caso y recibían penas sustancialmente menores a las previstas en las disposiciones penales violadas.³³

El cumplimiento efectivo de esta pena está sujeto a complejos mecanismos procesales que se establecen en el pliego y que hacen referencia a un conjunto de funcionarios que apoyarán estos procesos especiales; entre ellos, especialmente, los jueces que conformarían el tribunal al cual hace referencia la norma anterior, funcionarios pertenecientes a una unidad especial de la fiscalía y jueces especiales de ejecución de las penas impuesta por el tribunal.

³³ Hay que aclarar que en algunos casos, por el complejo mecanismo de rebajas de penas, el Estado prácticamente le “quedó debiendo” a algunos actores que se “sometieron” a la justicia. Todavía se viven escándalos que comprometen a jueces de la República que han tenido que aplicar normas que socialmente han sido discutidas en razón de los beneficios extremos que ellas entrañan. Se trata, desde luego, de otra forma de selectividad del sistema penal.

5.2. *El problema de la confesión:*

¿cuáles serán los hechos materia de juzgamiento?

El pliego contiene complejos mecanismos de modificación de la competencia para la investigación y juzgamiento de los hechos. El artículo 7° dispone que una vez que se haya recibido el listado de los agentes beneficiados, tanto el tribunal especial como la unidad de la fiscalía “asumirán de forma inmediata y automática la competencia para conocer de la investigación y juzgamiento de los procesos que cursen en contra de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a que se refiere la presente ley, y sobre los que deban iniciarse en razón de los hechos confesados por estos y de los que se tenga conocimiento con posterioridad a la suscripción del acuerdo de paz”.

Desde la primera versión del proyecto de ley estatutaria, se hacía una referencia muy ambigua a los delitos “confesados”. El párrafo 2° del artículo del proyecto inicial, establecía que la suspensión de la pena procedía también respecto de personas que hicieran confesión de sus delitos, en los términos de la regulación procesal general. Con razón se hacía este interrogante, desde el punto de vista del derecho comparado: “¿Cómo establecer una o identificar una confesión sincera y completa de cuántos delitos cometió la persona que se entrega? [...] Cabría preguntar: ¿quiere ello decir que es confesión de *todos* los delitos, o solamente de uno, o de 100? ¿Cómo puede el juez o el funcionario que recibe esta confesión verificarla? Pues, la única forma es a través de una investigación”.³⁴ A continuación, acierta el autor al afirmar que, no obstante, una investigación de delitos atroces es en extremo demorada y puede ser, como de hecho ocurre, que no llegue a ningún resultado. Entonces, ¿cómo opera la confesión?³⁵

Como se ha dicho, ya han existido en Colombia modelos normativos, dictados con el propósito de someter a la justicia a ciertos delincuentes. En esos casos operó la confesión y se les castigó, sobre todo, por los delitos por ellos confesados y no necesariamente por todos los delitos cometidos. Al confeso se le otorgaron diversos privilegios, entre ellos, rebajas de penas considerables. La confesión se ha aplicado en la práctica, en estos casos, como parte de los beneficios. Ya se ha dicho aquí que, en estos contextos, las decisiones son políticas, más que de dogmática jurídica, sea sustancial o procesal.

De acuerdo con la norma reseñada, hay tres tipos de procesos sobre los cuales adquieren competencia los funcionarios especiales: aquellos que se encuentren en curso; sobre aquellos basados en la confesión de ciertos hechos; y sobre procesos que puedan tener lugar posteriormente a la firma de los acuerdos de paz. En relación con

³⁴ Kai Ambos, “Impunidad...”, o. cit., p. 219.

³⁵ Sobre la duración de este tipo de procesos penales y la innumerable cantidad de obstáculos para adelantarlos, véase Alejandro Aponte, “Informes nacionales. Colombia”, o. cit., pp. 241 y ss.

esto último, es reiterada la alusión del pliego a la celebración de acuerdos de paz. El artículo 5º, en relación con los mecanismos de alternatividad penal, se refiere al acceso directo a los beneficios por parte de aquellos actores que hayan suscrito un acuerdo de paz.

Cabría entonces el siguiente interrogante: si el centro del proyecto y sus modificaciones es la alternatividad penal, ¿es plausible pensar que una vez suscrito un acuerdo de paz, de ser en la práctica casi reincorporado a la vida civil un actor, se van a adelantar investigaciones posteriores?, ¿tanto más si, como lo hemos mencionado, los casos por violaciones de derechos humanos son interminables? (Un hecho adicional se debe tener en cuenta: miembros de grupos de autodefensas, una y otra vez, han insistido en que ellos no se desmovilizarían efectivamente si son castigados, si son llevados a la cárcel).³⁶

Pero el fenómeno de los acuerdos de paz también tiene implicaciones en la evaluación que haría el juez de la confesión. El artículo 22 del pliego mezcla exigencias técnicas, debatibles propiamente en un proceso, con evaluaciones abstractas, extraprocesales, difíciles de evaluar. Tanto más difícil será ello si se tiene en cuenta la injerencia del Ejecutivo sobre la decisión judicial. Dice la norma, en el segundo inciso: “Para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica, el grado de contribución al esclarecimiento de la verdad y la consecución de la paz nacional”. Política y derecho se mezclan aquí de una manera particular: ¿cómo hace un juez para evaluar objetivamente el grado de contribución individual efectiva a la paz? ¿Será acaso la no comisión de delitos el baremo para medir esa contribución? Tal como está configurado este modelo especial de justicia penal, podría pensarse que esa evaluación correrá más por cuenta del Poder Ejecutivo y que el juez deberá ajustarse a ella.

En relación con el aspecto de las penas alternativas y los requisitos y condiciones para acceder a ellas, el texto del pliego tiene una redacción un poco más certera y más imperativa que la redacción anterior. Se repiten, eso sí, requisitos como el expreso compromiso de “no cometer en adelante delito doloso”, pero se agregan otros más incisivos: “Que el condenado se comprometa en forma expresa a realizar en forma inmediata los actos de reparación simbólica que establezca el Tribunal para la Verdad, Justicia y Reparación”. (En todo caso, la apelación a la buena voluntad parece ser una condición esencial del proyecto y de sus modificaciones).

³⁶ Frente a los cambios que se han introducido al proyecto inicial y en relación con los pactos previos, miembros del estado mayor de las autodefensas se refieren a promesas incumplidas: “desgraciadamente nos encontramos un proceso de paz sin libreto, un gobierno que improvisa, que hoy piensa que se necesita una dosis de impunidad y que mañana cambia”. Según el periodista que adelantó la entrevista, “ellos alegan que nunca se habló de que tendrían que pagar cárcel”, en *El Tiempo*, Bogotá, 16 de mayo de 2004, pp. 1-6.

5.3. *De nuevo: la injerencia del Ejecutivo sobre el sistema judicial*

Se trata de un aspecto ampliamente reseñado. Sin embargo, en el pliego de modificaciones es aún más notoria y más decisiva la injerencia del Ejecutivo sobre el sistema judicial y, más problemático aún, sobre el tribunal que se crearía con posibilidades de indagar acerca de la verdad de ciertos hechos. El artículo 12 del pliego establece lo siguiente: “El otorgamiento de los mecanismos de alternatividad penal es una facultad discrecional del presidente de la República, pero requiere concepto previo y favorable del Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación”.

Si se produce un concepto negativo sobre la viabilidad del otorgamiento de beneficios, no habrá discusión posible y el tribunal tendrá que acatarlo: “[...] es de obligatorio cumplimiento y conlleva la remisión del proceso al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competente para que haga efectivo el cumplimiento de la condena. Igualmente, el proceso se remitirá al mencionado juez cuando, no obstante haberse rendido concepto favorable sobre su viabilidad, el presidente de la República considere que no debe otorgarse”. Huelga todo comentario al respecto. A veces da la impresión de que se trata de una justicia particular del Poder Ejecutivo, que debe llevarse a cabo, sin embargo, debido a ciertas exigencias técnicas y mandatos constitucionales puramente *formales* acerca de la separación de poderes, por la administración de justicia.

5.4. *Sobre las víctimas: ¿solo de crímenes de guerra?*

El pliego de modificaciones inicia también, al igual que el proyecto original, con definiciones. En el caso de la víctima, se mantiene una redacción en sustancia igual a la que traía el proyecto inicial. El nuevo documento dice:

Se entiende por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de conductas punibles cometidas con ocasión del conflicto armado.

Esto quiere decir que la víctima es solo víctima de aquellas conductas que dentro del título II, capítulo único del Código Penal colombiano, se refieren a los “delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”. Es decir, quedan excluidas aquellas otras conductas como genocidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, que no hacen parte del título correspondiente. Al referirse la norma a conductas punibles cometidas en el conflicto armado, quedan excluidas de plano otras conductas igualmente graves y ligadas precisamente a la protección penal de los derechos humanos.

Este hecho, criticado sobre todo por la comunidad internacional, podría explicarse, en la lógica del gobierno, por el hecho de que el proyecto de ley se dirige a personas involucradas en el conflicto armado y sus acciones, y no se dirige a todos aquellos que han estado involucrados en violaciones de derechos humanos.

Pero el hecho real es que en Colombia se trata de un escenario extremadamente confuso en el cual no es de ninguna manera fácil distinguir acciones en conflicto armado y acciones por fuera de él. Por ejemplo, si se produce el desplazamiento de un grupo de personas que habitan un territorio en el cual es lucrativa la siembra de productos ilegales, y quienes lo hacen son actores a su vez involucrados en escenarios de conflicto armado, o de disputas territoriales, en estricto sentido no se trata de una infracción al derecho humanitario; pero se trata, en todo caso, de un desplazamiento forzado, que es un crimen internacional y que hace parte de lo que se puede denominar el “núcleo duro de derechos humanos”, dentro de la protección penal de los derechos humanos por parte del nuevo Código Penal.

Entonces no se entiende por qué la víctima es concebida solo como víctima del conflicto armado y no como víctima en general, en un contexto de violaciones masivas de derechos humanos o, hablando en el lenguaje internacional, de víctimas de crímenes internacionales. Es una falencia grave del proyecto y de las modificaciones.

6. Creación de una comisión de verdad: un intento frustrado

Frente a las diversas propuestas generadas sobre todo a instancia de la sociedad civil, de creación de una comisión de la verdad, el pliego de modificaciones introduce una propuesta muy ambigua y discutible.³⁷ Se trata del ya reseñado “tribunal para la verdad, la justicia y la reparación”. Según el artículo 2° del pliego de modificaciones, este tribunal estaría “compuesto por 3 miembros que cumplan los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, número que podrá ampliarse a 5, cuando —a juicio del presidente de la República— las necesidades lo exijan”.

Lo que primero hay que aclarar es que la alusión a los requisitos exigidos a los integrantes, de entrada, hacen pensar en una especie de *supercorte*, lo que es contrario por principio a una comisión de verdad. También hay que señalar que es, de nuevo, el jefe del Ejecutivo quien toma decisiones de fondo en relación con este tribunal; en este caso, sobre su composición.

La norma hace referencia luego a una multiplicidad de funciones:

Este Tribunal tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y será competente para juzgar a los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, comprendidos en acuerdos de paz suscritos con el gobierno nacional; certificar sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios de que trata la presente ley; emitir concepto sobre la viabilidad de los beneficios de la alternatividad penal; tasar, de conformidad con los principios de proporcionalidad y necesidad, la porción de la pena cuyo cumplimiento debe hacerse efectivo; imponer las penas accesorias; determinar los actos de reparación y de superación del conflicto armado o consecución de la paz a que haya lugar; y, las demás que por su naturaleza correspondan a la autoridad judicial, dentro del trámite a que se refiere la presente ley.

³⁷ Desde el principio de la discusión generada por el proyecto de ley estatutaria, en diversos estamentos de la sociedad civil se ventiló la idea de crear una comisión de verdad. Es el caso de un

Aquí se mezclan todo tipo de funciones y, más que una comisión de verdad, el tribunal parece una especie de ampliación de la comisión de verificación a la cual se refería el proyecto en su versión original. En realidad se trata de una comisión de juzgamiento con funciones ampliadas. Esto genera mucha confusión, desnaturaliza el esfuerzo de la sociedad civil por la creación de una comisión de verdad en un sentido más amplio y comprehensivo y, lo más complejo, confunde funciones propiamente jurisdiccionales, con aquellas de búsqueda de la verdad y con funciones de activación de mecanismos de reconciliación.

Una comisión de verdad es un espacio desdramatizado o dramatizado en un sentido no jurídico-penal, en el cual se ventilan los hechos, sin pretender ser instancia sucedánea del derecho penal. Una comisión de verdad no pretende emular el derecho penal. Sobre todo, no puede pretender convertir la sanción penal en un fetiche vindicativo a sabiendas de su carácter limitado. Es, más bien, un espacio de reconstrucción de lo que es casi por principio irreconstruible: la verdad en la historia; es, en última instancia, un espacio de creación consensuada de verdades para una reconciliación posible, para una especie de catarsis colectiva en función de las víctimas y de los entornos sociales más afectados.

6.1. El juez y el historiador: construcción de dos verdades diferentes

En el pliego de modificaciones, en relación con el tribunal, se mezclan también las funciones del juez y del historiador, que son dos cosas distintas. Según el artículo 2º, le corresponde también a esta especie extraña de comisión,

[...] organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualesquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. El Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación garantizará el acceso público a los archivos de los casos ejecutoriados sometidos a su conocimiento.

Paul Ricoeur, en un trabajo dedicado a la historia y a las formas del olvido, enfrenta la diferencia entre el juez y el historiador. El primero, con su sentencia, cierra toda discusión: es el elemento decisionista inescindible de la sentencia penal, que puede ser terrible, en ocasiones, pero que es así; mientras el segundo abre la discusión: no hay verdades, ellas se recrean en espacios narrativos. No hay decisión, en el sentido de una sentencia. “El juez debe juzgar: es su función. Debe concluir. Debe decidir”, señala el autor. En contraste, “el historiador no hace todo esto, no puede ni quiere hacerlo. Si lo intenta, a riesgo de erigirse él solo en tribunal de la

grupo de ONG que alrededor de la denominada Asamblea Permanente de la Sociedad Civil por la Paz, propusieron en setiembre de 2003 la creación de la denominada Comisión de Esclarecimiento, Juzgamiento y Reparación Integral. En *El Tiempo*, Bogotá, 25 de setiembre de 2003. pp. 1-5.

historia, es a costa del reconocimiento de la precariedad de un juicio cuya parcialidad, incluso su militancia, reconoce”.³⁸

El juicio del historiador está sometido a la perpetua reescritura; el juicio del juez penal, no.

Esta apertura a la reescritura marca la diferencia entre el juicio histórico provisional y la sentencia judicial definitiva. La brecha así abierta en el frente unido de los caballeros de la imparcialidad se ensancha continuamente detrás de la fase final del juicio.³⁹

La ley penal busca —y se trata de años de lucha para ello— un responsable exclusivamente individual; el juicio en la historia, en cambio, incluso en ordenamientos más abiertos —como es el caso del derecho de los derechos humanos— puede hallar responsabilidad en actores colectivos.

En Colombia, en procesos muy complejos de violaciones de derechos humanos, en escenarios de la sociedad civil se han construido argumentos que demuestran responsabilidades colectivas, responsabilidades arraigadas en contextos históricos poblados de violencia, mientras que la ley penal, en esos mismos escenarios, en procesos llenos de dificultades, no ha podido individualizar responsables. La decepción social que ello crea es la razón por la cual se debe entender que el derecho penal es limitado y que por ello el Estado debe reconocer a las víctimas su dolor y repararlas; por esa decepción social es que el Estado debe buscar respuesta en otros ordenamientos, como el derecho administrativo; frente a esas decepciones, espacios como las comisiones de verdad pueden extraer causas estructurales, difíciles de individualizar en los procesos penales, más aún si se trata de procesos penales fallidos en razón de múltiples debilidades institucionales.

Al contrario, la confusión de escenarios crea siempre nuevas frustraciones. Ello es lo que hay que evitar. No obstante, en eso cae justamente el pliego de modificaciones. El artículo 21, que desarrolla el capítulo VI, sobre la “búsqueda de la verdad”, señala que:

Los funcionarios judiciales a que se refiere la presente ley dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación, en particular, los factores que influyeron en la violación de la ley penal y de aquellos que fueron determinantes para la conformación o el ingreso al grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate.

Hasta la investigación, la norma parece referirse a hechos puramente jurídico-penales, a la búsqueda de la verdad procesal; pero, inmediatamente, la disposición hace referencia a hechos sociológicos, como es el caso de los factores, etc. Ello puede tener alguna coherencia dogmática cuando se analizan, de acuerdo con el Código Penal, los hechos y las circunstancias en la comisión de un delito, pero no es propia-

³⁸ Paul Ricoeur, *La memoria, la historia, el olvido*, Barcelona, 2003, p. 426.

³⁹ Ibidem.

mente a esto que parece referirse la norma, sino a investigaciones que tienen que ver más con la posible creación de una memoria, con la constatación de circunstancias históricas ligadas a escenarios colectivos de violencia.

Luego, el segundo inciso hace más compleja todas las mezclas:

Igualmente, para que se conozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas, las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales y de policía, sus condiciones de vida, los daños que individual o colectivamente se hayan causado, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional y pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales a las víctimas de su conducta.

Al principio, la alusión a los antecedentes, a ciertas circunstancias, parece indicar fórmulas dogmáticas para deducir responsabilidad individual, pero luego se hace referencia a hechos más ligados con las víctimas, a violación de derechos, etc. Tal como está redactada la norma, no se trata —además porque ello sería contradictorio en un proyecto de sustitución de penas— de circunstancias de agravación para ser tenidas en cuenta por los jueces. Parecería que se tratara nuevamente de la necesaria consideración de circunstancias —no penales— para tenerlas en cuenta en escenarios de reparación y de reconciliación. Mezclar todo esto es hacer inoperante esta rara comisión de la “verdad” en forma de tribunal.

Cuando en un juez se mezclan elementos sociológicos, religiosos, políticos; cuando se le pide que observe contextos de actuaciones colectivas, cuando se le pide que ausculte en circunstancias estructurales o en décadas de violencia confusa y degradada; cuando se le pide que actúe en función de coordenadas morales como pueden ser el perdón, la noción de olvido, de reconciliación, el juez cae, inevitablemente, en escenarios morales y la confusión entre moral y derecho es la más perversa en estos procesos de castigo o de sanción a graves violaciones de derechos humanos. Ningún otro escenario se presta, como este, para la moralización de los hechos: ¿quién va a ser el juez penal en escenarios de confrontación degradada e inhumana en la que tantos tienen responsabilidad?

En razón de esas limitaciones existen las comisiones extrajudiciales. Tal como lo señala una agencia internacional previamente citada, y a propósito del tribunal reseñado, “este organismo no podrá ocuparse de un análisis histórico y sociológico de los hechos [...] la oficina ha observado que, para hacer efectivo el derecho de las víctimas a la verdad, es importante que los procesos de negociaciones incluyan el establecimiento de una comisión extrajudicial de esclarecimiento, independiente e imparcial, encargada de establecer los factores políticos, económicos, sociales y culturales que generaron y mantuvieron el conflicto armado interno y la vulneración de los derechos humanos”.⁴⁰

⁴⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones sobre la nueva versión del proyecto de alternativa penal*, Bogotá, 6 de mayo de 2004. De otra parte, el jefe de la oficina, citando experiencias y conceptos mínimos relacionado con las comisio-

6.2. *La decisión sobre la verdad: consensos alrededor de responsabilidades más amplias*

En el caso de las comisiones de verdad, ellas parten de lo judicial pero se apartan de ello. Su cometido puede ser más el de crear una *narración*. Por eso el acceso a las personas, a los entornos en los que se generaron los crímenes, es tan importante. Por esa razón se busca más la creación de contextos que hagan plausible una *reconstrucción* de lo sucedido, se crean tipologías de actuación, se definen, narrativamente, responsables colectivos. La búsqueda de la verdad no se hace entonces a costa de la flexibilización de categorías penales, sino que se sitúa en otros escenarios, a pesar, desde luego, de que la propia verdad histórica es tan difícil de reconstruir: en escenarios degradados, cruzados por tantos intereses particulares, de décadas de anomia estructural, no es posible reconstruir verdades absolutas, ni siquiera bien cercanas a los hechos. Por eso una “comisión de verdad no construye o reconstruye lo que *verdaderamente* pasó, sino que crea espacios abiertos en los cuales se negocia cómo se va a reconstruir dicha verdad sobre lo que ocurrió”.⁴¹

Así, lo que se crea es, luego de discusiones en escenarios dramatizados, una decisión sobre la verdad. El elemento decisionista es fundamental. De allí que, en este tipo de procesos tan complejos, la voluntad política sea tan fundamental. La comisión de verdad crea, si se quiere, una *ficción*, una especie de narración, como se ha dicho, a partir de una negociación sobre cómo se hace esa narración.

6.3. *Comisiones de verdad y reconciliación*

La decisión política sobre la verdad de los hechos, la construcción de una narración consensuada, hará suya todas las especificidades culturales; si se apuesta por escenarios de reconciliación, las raíces culturales jugarán un papel central.⁴²

nes, aclara lo siguiente: “Con el establecimiento y con la actividad de las comisiones extrajudiciales no se busca reemplazar los órganos que en el Estado tienen a su cargo la administración de justicia, ni entregar a personas particulares las competencias privativas de la fiscalía y la judicatura. Estas comisiones, por lo tanto, no asumen el deber estatal de penalizar atrocidades. [...] Sus investigaciones ‘deberán guiarse por el afán de hacer reconocer la parte de verdad que hasta entonces se negó constantemente’”. Michael Frühling, “Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del Seminario: la Corte Penal internacional. Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, febrero de 2004, p. 23.

⁴¹ Esta expresión se la debo a Roberto Vidal, director del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad Javeriana en Bogotá, en el marco de una discusión acerca de los límites de la verdad histórica y sobre el escepticismo —claro en una discusión sobre filosofía de la historia— acerca de la posibilidad real de reconstruir la historia o hechos históricos.

⁴² En el marco de una discusión sobre diversos modelos de justicia transicional, un autor, que es director de un proyecto ambicioso de carácter global sobre la aplicación de estos modelos, advirtió que en el caso sudafricano, por ejemplo, en el escenario narrativo creado por la comisión de verdad

A propósito, en el caso colombiano, los elementos religiosos deben cumplir sin duda un papel esencial en procesos posibles de reconciliación: el ciudadano común, que es víctima, no puede encontrar, en las reglas frías del derecho, elementos para reconciliarse y perdonar, pero puede hallarlos en su conciencia religiosa. En todo caso, para acallar la voz de la venganza, el elemento de la trascendencia nunca ha dejado de estar presente, primero en las sociedades sacrificales y, luego, en las sociedades modernas y en su derecho.

Las decisiones del derecho, ligadas a la tarea de salvaguardar las sociedades de venganzas sin fin, conservan el *pathos* de una instancia trascendente. El juez es trascendente —en el sentido religioso— a las partes que a él se sujetan. Así, “el sistema judicial se refiere a una teología que garantiza la verdad de su justicia. Esta teología puede llegar a desaparecer, como ha desaparecido en nuestro mundo, y la trascendencia del sistema permanece intacta”.⁴³ Solo una trascendencia cualquiera, haciendo creer en una diferencia “entre el sistema judicial y la venganza, puede *engañar* duraderamente a la violencia”, es decir, aquella violencia que quiere ser ejecutada precisamente para vengar a las víctimas. Son verdades que estarán en juego en escenarios de reconciliación, de reconocimiento del carácter de víctimas, de decisiones para cerrar el círculo de la violencia, de escenarios reales de reparación —sobre todo moral— de las víctimas.

Como se ve, las relaciones entre reconciliación y responsabilidad criminal son en extremo problemáticas. Según se aclara en un estudio, en situaciones de violencia masiva de la

[...] dimensión de los casos de Ruanda, El Salvador, Sudáfrica, el término *reconciliación* se ha empleado tanto a favor como en contra de la responsabilidad criminal. [Así,] cuando el término es utilizado de manera positiva, se afirma que la responsabilidad criminal es una condición previa para la reconciliación. Cuando se usa de una manera negativa, se sostiene que la responsabilidad criminal obstruiría la reconciliación.⁴⁴

que allí operó, una madre fue confrontada directamente con el asesino de su hijo; frente a frente se le pidió el perdón, el perdón de una madre. Ella no lo dio. Luego, al ver que el asesino tenía el nombre de su hijo, cedió a los dictados de culturas ancestrales y a elementos religiosos profundos, y perdonó. En su análisis sobre la relatividad de estos elementos en las culturas, el autor destaca por ejemplo el caso de la cultura protestante, la cual tiene una tendencia menor al perdón, mientras que ha comprobado que en las culturas latinoamericanas, incluso a pesar de la ocurrencia de grandes crímenes, existe una mayor tendencia a perdonar. Jörg Arnold, director de grupos de investigación en el Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Friburgo, en conferencia dictada en la Universidad Javeriana, en Bogotá, en el marco de un seminario internacional sobre Corte Penal, en el mes de abril de 2004.

⁴³ René Girard, o. cit., pp. 30-21.

⁴⁴ Jan-Michael Simon, “Responsabilidad criminal y reconciliación”, en Fundación Konrad Adenauer y Fundación País Libre, *Memorias del seminario La Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia*, o. cit. p. 33.

Lo importante es, a nuestro juicio, tener conciencia de que la reconciliación se da en escenarios diversos a la discusión penal.

Reconciliación y responsabilidad penal son dos hechos ligados, en la medida que las amnistías, por ejemplo, llevan implícitos hechos previos de reconciliación, pero deben diferenciarse bien los escenarios, justamente por las razones anunciadas. En las comisiones de verdad, en las cuales se agencian mecanismos de reconciliación, se pueden hacer explícitos, incluso, los conflictos morales de los propios asesinos: la fría positividad del derecho apaga, en función de la necesaria protección del fuero interno, los asedios de la conciencia; en escenarios de reconciliación, en cambio, incluso si la culpa es del destino, el conflicto moral se hace discursivo y se fijan mínimos argumentativamente; se construyen los límites. En escenarios de reconciliación “tiene que quedar reconstruido con absoluta claridad qué es aceptable y qué no”.⁴⁵

Los desafíos no son, entonces, solamente jurídicos: el papel del derecho será, en el fondo, subsidiario; por lo menos, ello es evidentemente claro en relación con el derecho penal, lo cual no significa de ninguna manera que se trate de agenciar o propiciar impunidad. Precisamente, el punto de partida de este trabajo es que la conciencia de los límites del derecho penal no significa la resignación social e institucional ante la impunidad.

No hay, para el caso colombiano, modelos a seguir de manera rigurosa; en sus posibles procesos de superación de condiciones anormales de convivencia, de superación de condiciones de generalización de la violencia, el país debe hacer acopio de experiencias, aciertos y errores de otros países y de su propia y rica tradición de derecho público; debe hacer acopio de sus elementos culturales y buscar opciones de autoafirmación social y cultural, y generar espacios reales para la presencia del derecho en las relaciones entre las personas.

6.4. *Hacia el futuro:*

¿Son posibles hoy procesos de paz sin impunidad generalizada?

Hoy existe en la discusión política un hecho jurídico denominado en su momento proyecto de “alternatividad penal”, en otro momento proyecto de “verdad, justicia y reparación” y que ha recibido incluso, por parte de actores ligados actualmente a procesos de paz, el nombre de proyecto de “sometimiento a la justicia”.⁴⁶ Este hecho jurídico ha sido el punto de partida para el presente trabajo. El énfasis dado al estudio

⁴⁵ Entrevista a Antanas Mockus, ex alcalde de Bogotá y posible candidato presidencial, en *El Tiempo*, Lecturas dominicales, Bogotá, 27 de junio de 2004, sección cuarta.

⁴⁶ Frente al cambio inicial del proyecto de alternatividad penal, por uno que fija penas de cárcel para ciertos delitos, miembros de estado mayor de las autodefensas consideran que se trata más bien de un proyecto de sometimiento a la justicia, precisamente porque fija penas privativas de la libertad. (*El Tiempo*, Bogotá, 16 de mayo de 2004, pp. 1-6).

de este proyecto se ha debido a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano frente al caso concreto de las normas del Estatuto de Roma y, de manera general, frente una serie de instrumentos internacionales incorporados al derecho público interno.

En medio de las obligaciones contraídas se sitúa la necesidad, sentida por sectores mayoritarios, de buscar condiciones favorables para la paz y la terminación algún día del conflicto armado interno. Las relaciones entre búsqueda de la paz y el Estatuto de Roma son en extremo complejas: así como apenas se está desarrollando una jurisprudencia y una doctrina alrededor de fenómenos determinantes como es el caso de la complementariedad, o del valor de la cosa juzgada, también es necesario desarrollar fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre la paz y el Estatuto; de igual forma se debe avanzar en la interpretación de las relaciones entre el fin de la lucha contra la impunidad, fundante de su normatividad, con modelos de justicia transicional o, en el caso colombiano, modelos de justicia penal ligados a procesos de paz.

A partir del 1° de julio de 2004 se ha iniciado un proceso de paz, por primera vez, con los grupos de autodefensas. También se ha abierto, desde el mes de mayo, la posibilidad eventual de una negociación con un grupo guerrillero. El proceso de paz iniciado tiene un acompañamiento concreto de la OEA y un monitoreo de la comunidad internacional. Uno de los temas centrales de la negociación será el de la sanción penal a graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a crímenes internacionales.

No solo en la comunidad jurídica nacional e internacional se discute el tema; también el Parlamento colombiano es escenario de fuertes disputas. Unos congresistas piensan que con castigo penal no habrá desmovilización; otros piensan que no es posible un perdón absoluto, ni fórmulas penales alternativas. Entretanto, en el mes de julio de 2004, justo en el momento en que se inicia un nuevo periodo legislativo en Colombia, el Estado ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por graves violaciones de derechos humanos. Ello tendrá implicaciones, sin duda, sobre el debate parlamentario. La discusión sobre los estándares mínimos de carácter internacional, en función de los múltiples compromisos contraídos, se hace cada día más importante y determinante: los límites jurídicos de la mera decisión política podrían relativizar el axioma con el que se inició este escrito; en todo caso, las decisiones se toman en el contexto de la política y no en el de las categorías dogmáticas.

COSTA RICA / Paul Hernández Balmaceda

Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno

1. Fundamento para la persecución en el derecho interno de los tipos penales del ECPI

1.1. Pacta sunt servanda

Sin ánimo de extendernos en este punto, pero sin olvidar tampoco su importancia, hemos de recordar que en materia de derecho de los tratados es clara la previsión de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, artículo 26, que establece el carácter vinculante de los tratados así reconocido en el derecho internacional público.

Esto implica que quienes concluyen un tratado se encuentran obligados a cumplir con el compromiso que asumen frente a la comunidad internacional, lo que es aún más claro en normas de carácter convencional como el Estatuto de Roma, que ni siquiera admite reservas.

Si en el tratado se obliga a perseguir penalmente una serie de conductas que se consideran lesivas internacionalmente, precisamente el Estado debe actuar en consecuencia. Esto es, haciendo posible, a través de acciones concretas, que se cumpla el tratado, lo que implica a su vez vencer todos los obstáculos que dentro de su legislación interna existan.

Esto último puede implicar una modificación de su legislación interna o una interpretación que se realice por vía de la jurisprudencia, cuando exista alguna antinomia. Sin embargo, esa interpretación que realicen o puedan llevar a cabo los tribu-

nales (ordinarios o constitucionales) será insuficiente en caso de que se produzcan lagunas de punibilidad.

Frente a esa obligación exigible internacionalmente y sus consecuencias derivadas en lo tocante al cumplimiento de los compromisos contenidos en el ECPI, tampoco podemos obviar lo que dispone el numeral 27 de la Convención de Viena ya citada. Esta norma prevé la imposibilidad para un Estado parte de invocar su derecho interno frente a la comunidad internacional para justificar el incumplimiento del compromiso asumido cuando ratifica un tratado.¹

Consecuentemente podemos afirmar que existe una obligación general de observar las previsiones de los tratados internacionales en general, de lo que no escapa el ECPI. Esta norma convencional dispone una serie de obligaciones que pueden implicar ese deber de adaptar su legislación interna al compromiso internacionalmente adquirido.

El problema surge cuando ese compromiso no pasa del plano del deber ser y no se actúa de conformidad a la obligación adquirida, lo que nos puede llevar a temas como el que aquí nos ocupa, a saber el de la posibilidad de aplicar directamente las disposiciones del ECPI en el ordenamiento interno, lo que va a enfrentar no pocas dificultades, tal y como lo enunciaremos más adelante.

Por de pronto, bástenos dejar por sentada la existencia de esa obligación que tienen los Estados parte de perseguir y reprimir los crímenes internacionales y el hecho de que ni siquiera es dable invocar el orden jurídico interno para su incumplimiento.

1.2. Complementariedad

El ECPI, como bien sabemos, establece un sistema de competencia complementaria en su artículo 17. Esto significa que el Estado signatario, que asume una obligación exigible internacionalmente, se encuentra específicamente vinculado al deber de perseguir y reprimir estas conductas directamente en su territorio. Y con las normas que forman parte de su ordenamiento jurídico.

De hecho, de no ocurrir esto entra a regir el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional con respecto a tales casos. Así se entiende de la previsión de la norma convencional, y en doctrina.²

¹ Entre otros, Giorlamo Strozzi, 1999.

² Véase, por ejemplo, Kai Ambos, "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", 2003, p. 25.

No es diversa la posición de la Sala Constitucional de Costa Rica en el voto de la hora catorce y cincuenta y seis, del 1° de noviembre de 2000. En esa ocasión y analizando la constitucionalidad del ECPI, la instancia mencionada ha considerado que la creación de la CPI no tiene la intención de sustituir las jurisdicciones nacionales, sino más bien de complementarlas. Esto ocurre cuando se produce el supuesto de que las jurisdicciones nacionales no puedan o no quieran perseguir esa clase de delincuencia.

Incluso tal órgano de control constitucional costarricense, en la decisión ya indicada y que es de obligatorio acatamiento (fuerza *erga omnes*) dentro del sistema jurídico costarricense, considera que la persecución de esta clase de delitos se produce por dos vías, una nacional, con base en la competencia que tenga definida cada Estado y la regulación de esas conductas, agregaríamos; y otra, a través de la CPI.

En todo caso no es de nuestro interés profundizar en torno al tema de la complementariedad, porque nos llevaría a un análisis aún mayor y nos desviaría de nuestro propósito. Hemos de rescatar, eso sí y por de pronto, que la complementariedad implica que tanto la competencia de la CPI, como la del Estado miembro, deben estar en consonancia con el ECPI, de manera tal que posibilite cumplir con las obligaciones que esta norma convencional impone respecto de la persecución y prevención de los tipos penales que contiene.

1.3. *Obligación de cooperación internacional*

La recepción de los crímenes internacionales dentro del ordenamiento interno deriva de una obligación de carácter general para los Estados de sancionar esta clase de delitos. Lamentablemente esto, muchas veces, no deja de ser una simple declaración de principios, y en no pocas ocasiones nos hallamos frente a una normativa de orden interno incompleta o insuficiente que no permite su aplicación directa en el sistema penal.

La piedra angular de este sistema se deriva de la obligación de cooperar, como patrón de comportamiento de todo Estado soberano, conforme a las concepciones de Karl Lowenstein³ quien parte de que se trata de un principio normativo de alcance universal y carácter general.⁴ De hecho encuentra apoyo en el artículo 1, párrafo 3, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en la resolución 2625, en la que se enuncia la Declaración de Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación de los Estados.

Este deber de cooperación se caracteriza, en el derecho internacional público, por constituir para los Estados una obligación de prevención y represión de determi-

³ En este sentido, igualmente, A. Remiro Brotons, 1997, p. 1081.

⁴ Véase Garzón Clariana, 1976, p. 67.

nados crímenes, que por su gravedad implican la exigencia de responsabilidad penal individual.

Es ahí donde surgen varios instrumentos que en el derecho internacional humanitario desarrollan y específicamente asientan el principio de cooperación, convirtiéndolo en una obligación de reprimir. Lo que se ha plasmado, precisamente, en las Convenciones de Ginebra, de 1949, y en el protocolo adicional 1, de 1977, o el preámbulo y el artículo 5 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948.

Algo similar ocurre con el ECPI, que en su artículo 86 impone la obligación a los Estados signatarios de cooperar en “la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. Podemos concluir entonces que:

la obligación de respetar el derecho internacional humanitario [derecho penal internacional, en nuestro caso] implica el deber de adecuar los ordenamientos internos a todos los niveles, con lo exigido en la norma internacional de protección.⁵

Con algunas limitaciones hemos de centrar nuestra atención en torno al tema de la aplicación directa del ECPI. Frente a esa obligación de perseguir y reprimir esta clase de ilícitos, que es como se concreta el principio de cooperación ya aludido y en presencia tanto de un vacío legal o una antinomia, como de una norma de remisión, surge la problemática acerca de la aplicación directa del ECPI dentro del orden interno. Dado que existen tales compromisos internacionalmente asumidos y ellos son exigibles, esto no solamente ha de verse como algo posible, sino como algo que se debe hacer.

Y es que esta obligación de reprimir tal clase de conductas encuentra un amplio apoyo en el orden convencional, que en el caso del ECPI se regula en una norma específica (artículo 86), y también en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Concretamente, en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos* resolvió tal instancia, en 1986,⁶ que la obligación de respetar y hacer respetar la norma convencional se deriva también de los principios generales, ya que aquellas son la expresión concreta de estos últimos.

De este principio de cooperación, concebido en la forma que lo hemos venido refiriendo, surge entonces para el Estado una doble obligación: la obligación de la prevención, que se concreta en la emisión de normas que sancionen o adecuen a lo interno las conductas contenidas en las normas convencionales; y la obligación de represión, que se concreta en la persecución de esos ilícitos cuando le son sometidos ante sus tribunales.

⁵ J. Quel López, p. 495; en igual sentido, C. Rueda Fernández, 2001, p. 98; Boisson de Chazournes y Condorelli, 1984, p. 25.

⁶ Recueil des cours, 1986, p. 14.

Para que una y otra se materialicen es necesario, primero, comprender la obligación que nace del principio de cooperación en esta materia y del carácter obligatorio de los tratados internacionales, por un lado; y por otro, entender la necesidad de adecuación del orden interno a la norma convencional que le impone tal compromiso, para que, finalmente, la persecución nacional de esos tipos penales sea algo posible.

Es conveniente que esa adecuación se realice vía legislación ordinaria; sin embargo, no es la única forma como se puede llevar a cabo, también se puede hacer por medio de la práctica cotidiana de los tribunales nacionales, a través de la jurisprudencia. Cuando esa adecuación legislativa no existe, o es insuficiente, surge la necesidad de buscar soluciones que posibiliten que lo último se concrete o al menos se vea como algo probable.

Por ello la aplicación directa de los crímenes internacionales contenidos en el ECPI se muestra como una opción, en tanto se produzcan las condiciones a las que hacía referencia con antelación: 1) hallarnos en presencia de la obligación convencional de prevenir y perseguir la conducta; 2) encontrarnos frente a un vacío legal o a una antinomia; y 3) contar con una norma de remisión.

Esta última surge del respeto del principio de legalidad penal que se concretiza en el de tipicidad. Habría que profundizar aún más en este tema, por cuanto el análisis que se lleve a cabo dentro de los tipos contenidos en el ECPI que se pretendan aplicar directamente deberá someterse al examen en cada ordenamiento interno de lo que se conceptúe como principio de tipicidad penal, derivado de la garantía del principio de legalidad, lo que no deja de ser una labor compleja.

2. Aplicación de los tipos del ECPI en el derecho interno

2.1. Principio de legalidad-tipicidad penal

Hay un aforismo que alude al principio de legalidad: “el juez es esclavo de la ley”. Aun así, el concepto de aplicación rigurosa de la ley, ya de por sí estricto en materia penal, no solo no excluye la interpretación de la ley, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del orden jurídico, sin lo cual esto último no sería posible.⁷

En este punto, en particular, desde una óptica dogmática, son interesantes, entre otras, las tesis de Josef Esser quien concluye que “el *monitum* de la actitud conservadora-normativa, según el cual el juez, que introduce sus propias valoraciones, necesariamente traiciona su función de aplicador del derecho, se apoya en la idea carente

⁷ Enrique Bacigalupo, “I dogmi della dogmatica penale”..., 1983, p. 245; *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13; *Justicia penal y derechos fundamentales*, 2002, p. 43.

de realidad de que las normas pueden ser aplicadas sin una valoración adicional”.⁸ Sigue con ello las posturas de Larenz.⁹

Estas posturas también se receptan en la hermenéutica jurídica por parte de Hans Albert,¹⁰ quien concibe la ciencia del derecho, antes que como una ciencia normativa, como una disciplina “tecnológico-social”. Esta tecnología social no elimina el elemento hermenéutico, ni excluye los puntos de vista finalistas o valorativos que pueden ser introducidos en la discusión de problemas jurídicos.

Partiendo de esa base y teniendo presente que esa interpretación a la que está llamado el juez, quien aplica directamente el derecho, se matiza de esa forma, es posible afirmar que también encontrará un norte o referente en los valores fundamentales tales como los constitucionales, los fijados en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos o en los principios básicos del derecho penal en un Estado democrático de derecho.

Este análisis, en todo caso, implica establecer un equilibrio entre las garantías del imputado, las de la víctima y las obligaciones sistémicas de sancionar, prevenir y perseguir esta clase de delitos que afectan bienes jurídicos cuya protección trasciende las fronteras nacionales. Las tesis mecanicistas¹¹ en cuanto a la aplicación de la ley hoy en día están superadas.

Actualmente se asientan posiciones favorables al desarrollo judicial del derecho, lo que en todo caso es posible dentro del marco de respeto del principio de legalidad “considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)”.¹²

Por ello es que en esta materia no se puede descartar el uso de un método de interpretación que abarque de forma sistemática todo el ordenamiento y que brinde una respuesta adecuada frente al caso concreto que se analice.

Esto encuentra un límite infranqueable en la garantía del principio de legalidad, concebido con estos matices de una forma armónica pero sin que se llegue a desnaturalizarse. Tiene implicaciones tales como que, al menos, preexista al evento histórico la previsión de una norma legalmente emanada del Poder Legislativo que establece cuál conducta constituye delito. Además esta norma le deberá asignar su respectiva pena.

Tomando en cuenta tales consideraciones hemos de plantearnos de nuevo: ¿qué pasa si nos hallamos frente a una antinomia o una laguna legal, existiendo una norma convencional de carácter jerárquicamente superior o igual al de la penal dentro del

⁸ J. Esser, 1972, p. 36.

⁹ K. Larenz, 1983, p. 301.

¹⁰ H. Albert, 1994, p. 36.

¹¹ Sostenidas por Montesquieu y receptadas luego por Beccaria.

¹² C. Roxin, 2001, p. 149.

orden interno y hallándonos ante la obligación de perseguir y reprimir una conducta que afecta bienes jurídicos que requieren de una tutela efectiva, tanto a lo interno como frente a la comunidad internacional?

La existencia o no de una norma de remisión frente a los delitos que contiene el ECPI se convierte en un tema de relevancia para responder esta interrogante.

Tal y como veremos, en el caso de Costa Rica existe esa norma de remisión, que por un lado establece a lo interno la pena a imponer y por otro lado deja a la norma convencional la concreción de la conducta que se considera delictiva. Este caso puede ser un ejemplo que ilustre el tema que nos interesa y podría surgir ahí la posibilidad de aplicar directamente los crímenes internacionales del ECPI.

Sin embargo surge, pues, otro cuestionamiento derivado del anterior: ¿sería posible la aplicación directa de no existir la norma de remisión?

La búsqueda de una respuesta a esta otra interrogante nos lleva a aludir al tema de la jerarquía que tiene el ECPI dentro del ordenamiento interno.

2.2. *Jerarquía de las normas convencionales en el nivel interno*

Según el hilo de lo antes expuesto, la solución frente a una norma penal convencional que sanciona una conducta y asigna una pena, que tiene igual jerarquía a la de una contenida en el orden interno, podría ser diversa, ya que los criterios para solucionarla son los propios del concurso aparente de normas, y estos a su vez son diversos a aquellos casos donde la norma convencional tiene un rango superior o inferior a la regulación del derecho interno.

La jerarquía de la norma convencional de derecho penal internacional dentro del orden interno juega un papel importante en la incorporación o aplicación directa de los tipos penales que contenga. Sin embargo se matiza partiendo del hecho de que en el derecho penal internacional las normas convencionales, de consuno con las normas internas de un Estado, forman un sistema complementario, tal y como ya lo mencionáramos.

En el orden nacional, en un régimen jurídico donde la fase de celebración y ratificación del tratado se encuentre en manos del Poder Ejecutivo, cuando la aprobación está en manos del Legislativo y la norma pasa a su vez también por el tamiz del control de constitucionalidad y de la jurisprudencia ordinaria orgánicamente ubicada dentro del Poder Judicial, el cuestionamiento acerca de la legitimidad de la norma parece algo más que superado y se convierte en algo cuya solución no plantearía mayores dificultades.

No obstante hemos de tomar en cuenta que en no pocas ocasiones esta incorporación de los tipos penales del ECPI depende de la jerarquía que este instrumento tenga dentro del sistema jurídico nacional y que además puede o generalmente está en contradicción con la legislación penal ordinaria, especialmente cuando esta no ha sido adecuada a aquella.

Para quien tiene la obligación de prevenir y perseguir esta clase de conductas, el problema radica, frente a una obligación de derecho internacional, ante una norma que forme parte del ordenamiento interno y que se contradiga o no coincida plenamente con otra de índole penal internacional, en la definición de si la norma convencional puede o no aplicarse directamente, sin obviar el carácter complementario de ambos órdenes.

Hemos visto que, aparte de las exigencias en cuanto al principio de tipicidad, derivación de la garantía del principio de legalidad penal (*lex proevia, certa y stricta*), la solución respecto a cuál prevalece estará en estricta dependencia de la jerarquía que tiene una u otra, sin olvidar el carácter complementario entre los dos órdenes que forman parte de un sistema común.

Por de pronto interesa el caso en que esa jerarquía de la norma de derecho penal internacional es igual o superior a la de la legislación penal ordinaria. En estos supuestos resulta claro que ha de centrarse ya la discusión en si la norma convencional o, en términos más concretos, los tipos penales del ECPI, cumplen con la garantía del principio de tipicidad penal.

Si se observa la previsión de los numerales 5 a 8, 23 y 77 a 80 del Estatuto, se constata que a ninguna de las conductas ahí descritas le ha sido asignada de forma específica una pena, por lo que no podemos decir que es una realidad la exigencia, en el orden nacional, de una *lex certa y stricta* con relación a la pena.¹³

Expresado en otros términos, la concepción, la rigurosidad del principio de legalidad que se tiene dentro de un sistema nacional puede diferir en no pocas ocasiones del previsto por el ECPI. Por ello es que, de no existir la norma de remisión, aun si la norma convencional tiene una jerarquía superior a la legislación penal ordinaria, las conductas previstas como tipos penales del ECPI no pueden ser directamente aplicables en el orden interno.

Sobre este tema debe ahondarse aún más; incluso se propone la elaboración dentro de la doctrina de una concepción del principio de legalidad, de acuerdo con una eventual *parte general* del derecho penal internacional.

Sin embargo, aún así no podemos obviar que la regulación que establezca un delito en el orden nacional necesariamente deberá observar principios básicos dentro de ese sistema y que, por tener tal característica, son esenciales. De esto tampoco escapan aquellos delitos de carácter internacional, en el tanto ingresan a ese sistema.

Podría desarrollarse un concepto de principio de legalidad en el orden internacional, que establezca mínimos; sin embargo, si en el orden interno este principio se aplica de una forma más rigurosa, las figuras delictivas que se apliquen dentro del sistema nacional no podrán obviar el principio de legalidad, tal y como se le regula internamente.

¹³ En este sentido, Kai Ambos, *La Corte Penal Internacional*, 2003, p. 81; en sentido contrario, O. Triffterer, 1966, p. 139.

Si partimos de lo anterior con relación a las figuras contenidas en el ECPI, estas previsiones no establecen de forma concreta y clara una pena a imponer a las conductas que considera delitos internacionales. Por ello sería posible afirmar que existiría un déficit en cuanto a los requerimientos exigidos internamente para observar el principio de legalidad, y con este el de tipicidad penal, lo que imposibilitaría su aplicación directa en el orden nacional.

Diverso es el caso cuando esta pena le es asignada por una norma de remisión, en el tanto ya el legislador, con una técnica no muy adecuada por cierto, le está asignando una sanción a una conducta determinada, con lo que, en principio, se salvaría cualquier objeción respecto de la observancia de tales principios.

En todo caso es un tema muy interesante, que requiere de un análisis más profundo y que demanda de un mayor desarrollo, lo que nos desviaría también de nuestro propósito. Por de pronto se dejan planteadas algunas inquietudes. De seguida centraremos nuestra atención en un ordenamiento en particular, que contiene normas de remisión con relación al ECPI y que en alguna medida puede resultar ilustrativo.

3. El caso de Costa Rica

3.1. Previsiones constitucionales

Unas primeras consideraciones generales servirán para ubicarnos dentro de este contexto y comprenderlo mejor. En la cúspide del ordenamiento penal costarricense, como en el de la mayoría de los sistemas penales, siguiendo el viejo esquema jerárquico normativo kelseniano, se encuentra la Constitución Política. La actual data de noviembre de 1949¹⁴ y sienta las máximas que permean el derecho penal, tanto desde su óptica material como procesal.

Junto con el principio democrático,¹⁵ el de legalidad es otro de los pilares sobre los que se asienta el sistema penal costarricense. De hecho el artículo 28 constitucional¹⁶ prevé que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley; lo cual se complementa en el

¹⁴ Es producto de una asamblea constituyente cuyos miembros fueron electos democráticamente, posterior a la Guerra Civil de 1948. No obstante ello, debe resaltarse que una de las notas características de Costa Rica es su estabilidad política. De hecho, recientemente en la revista *Strategic Finance*, disponible en <www.strategicfinancemag.com>, se le ubica en el vigésimo lugar entre los 25 países del mundo políticamente más estables; ocupa el primer lugar en América Latina y se sitúa, incluso, por sobre países de la Unión Europea, como España o Francia.

¹⁵ Desarrolla el tema del principio democrático que contiene la Constitución Política de Costa Rica: Luis Mora Mora y Sonia Navarro Solano, 1995, p. 26. Un análisis más reciente es planteado por Rivero Sánchez, 1998, p. 34.

¹⁶ El texto integral es: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”.

numeral 39¹⁷ de la Carta Magna, que dispone que a nadie se hará sufrir pena si no es por delito, cuasidelito¹⁸ o falta, sancionados por ley anterior.

De esta última previsión, la Sala Constitucional¹⁹ hace dos derivaciones: el “derecho general a la justicia” y el “derecho general a la legalidad”. En su análisis, valga hacer notar, este tribunal refiere a otras normas complementarias, también de carácter constitucional y además a las que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, para completar un marco de principios, garantías y derechos esenciales que han de regir en el sistema penal democrático diseñado por el constituyente para Costa Rica.

De la primera vertiente, a saber de la que corresponde al llamado “derecho general a la justicia”, deriva toda una serie de prerequisites orgánicos, si se quiere, y que son ya sabidos respecto de la administración de justicia en general: tribunales imparciales, independientes,²⁰ derecho al juez regular,²¹ por ejemplo.

Siempre dentro de ese mismo grupo se resalta, desde una dimensión programática, el concepto de debido proceso. En la Constitución costarricense concretamente, y de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Sala Constitucional, se le ubica en los numerales 27²² y 41²³ de la Carta Magna; corresponden, a su vez, cada uno de

¹⁷ Literalmente, la norma en su primer párrafo dispone: “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. La Sala Constitucional se ha pronunciado también, en el voto 6660-93, reconociendo la enunciación del principio de legalidad penal en la norma citada.

¹⁸ Aún conserva esta distinción de principios del siglo XX, a pesar de que en el Código Penal actualmente vigente no se mantiene, lo que se explica por la fecha (1949) en que entró en vigor la actual Constitución Política de Costa Rica.

¹⁹ En el voto 1739-92.

²⁰ Sobre independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal costarricense, véase Mario Houed Vega, 1997, p. 36; Luis Paulino Mora Mora, 1996, p. 20, entre otros autores costarricenses. Igualmente, los votos 1148-90, 1739-92, 6829-93, 1562-93, 765-94, 2621-95 de la Sala Constitucional.

²¹ Este último está previsto en el art. 35 constitucional: “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”. El mismo Tribunal Constitucional ubica dentro del derecho general a la legalidad penal, en su concepción amplia, el derecho a un juez regular que prevé la norma que se cita aquí íntegramente.

²² Dispone esta norma: “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial y el derecho a obtener una pronta resolución”, de donde es posible derivar igualmente el derecho de las víctimas a obtener respuesta de parte del Estado ante el agravio que puedan haber sufrido, lo que tiene trascendencia a efectos de su exigibilidad ante el propio órgano jurisdiccional constitucional en caso de incumplimiento, tema este que es bastante sensible tratándose de los tipos penales del derecho internacional penal.

²³ Artículo que se enuncia de la siguiente manera: “Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”. Como vemos, el artículo anteriormente citado (27 constitucional) y el que acá se transcribe se entrelazan y

ellos por separado, a postulados de igualdad en el acceso a la justicia (no discriminación)²⁴ y el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente (derecho a una sentencia justa y oportuna).

De la segunda vertiente, a saber del “derecho general a la legalidad”, resalta obviamente el principio de *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, que se enuncia en el artículo 39²⁵ constitucional, al que ya aludíamos antes; también resaltan el de retroactividad favorable de la ley penal (o no irretroactividad de la ley penal en perjuicio), que se contempla en el artículo 34²⁶ del mismo cuerpo normativo, el principio de inocencia, el de *in dubio pro reo* y otros de índole procesal, entre los cuales cabe mencionar el derecho de audiencia y defensa,²⁷ el de doble instancia,²⁸ eficacia formal (cosa juzgada) y material de la sentencia.²⁹

Todo ello, expuesto de manera sucinta, conforma un marco constitucional general que atañe al sistema penal nacional. Sin embargo, no podemos dejar de destacar el hecho de que, dentro de la jerarquía que adquieren los tratados ratificados por Costa Rica, sobresalen los relativos al derecho internacional de los derechos humanos.

sirven de sólido fundamento para posibilitar el reclamo de las víctimas, tanto de una acción por parte del Estado frente a un delito de derecho penal internacional, como también frente al Estado mismo, cuando por acción, omisión o negligencia se produzca el agravio. La ventaja de la jurisdicción constitucional, aparte de la obligatoriedad en el cumplimiento de sus resoluciones, radica en el hecho de que para efectos prácticos una sentencia que reconoce la violación de este o de cualquier otro de los derechos protegidos constitucionalmente es directamente ejecutoria por parte del agraviado, lo que implica que en el ámbito procesal se encuentra posibilitado a acceder a la liquidación del daño, directamente.

²⁴ Cuya previsión específica la hallamos en el numeral 33 constitucional: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”, y también se desarrolla en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁵ Véase *supra*, nota 4, que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Acerca del principio de legalidad penal en Costa Rica, véase también Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-76.

²⁶ De manera integral: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”.

²⁷ Ambos están contenidos de manera general en el artículo 39 constitucional, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en especial y de forma amplia, en el Código Procesal Penal.

²⁸ Su previsión, ante la carencia de una norma expresa en el orden constitucional, se deriva, de acuerdo con la interpretación de la Sala Constitucional costarricense en el voto 1739-92, de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, párrafo 2, inciso h). Véase además Daniel González Álvarez, 1994, p. 78.

²⁹ También contenido en el párrafo 4 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.2. *Jurisprudencia constitucional*

En reiterados votos, la Sala Constitucional³⁰ ha interpretado (de la relación de los artículos 7³¹ y 48³² de la Constitución Política), que:

Los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica 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 *privan por sobre la Constitución*. [las cursivas no son del original]

A partir de esta previsión es posible afirmar que se ha optado por deslindar el ámbito de incorporación del derecho internacional en el derecho interno utilizando como baremo la delimitación de los derechos fundamentales garantizados en el orden estatal. Así las cosas, la recepción del derecho penal internacional se constriñe al hecho de que limite o afecte derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Al contrario, el margen de apreciación estatal frente al derecho penal internacional o al derecho internacional de los derechos humanos se debe buscar en el desarrollo de derechos fundamentales.

Esta posición receptada por la jurisprudencia constitucional nacional es acorde a la Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede precisamente en San José de Costa Rica.

Aparte de la evidente trascendencia que esta posición tiene con respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en general, debemos hacer énfasis en que los tratados que conforman esta área específica, que han sido ratificados debidamente por Costa Rica y que a su vez contienen previsiones en materia de derecho penal internacional, podrían tener esa jerarquía³³ o, en todo caso y esto es válido para cualquier otro tipo de tratado, prevalecen sobre la legislación ordinaria, entre la cual se encuentra el Código Penal, las leyes penales secundarias y el Código Procesal Penal, lo que ampliaremos más adelante.

³⁰ Votos 3435-92, 5759-93 y 2313-95.

³¹ “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

³² “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10 [constitucional]”.

³³ En la medida que reconozca mayores derechos de los que contiene la propia Constitución Política nacional, que es el supuesto en que esa jerarquía es posible de acuerdo con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la hipótesis de que en algún caso de estos instrumentos se otorgue un acceso más amplio de las víctimas a la tutela judicial, que el que pueda brindar el ordenamiento nacional, incluido el constitucional.

El papel que ha de desempeñar el Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico penal de Costa Rica está por definirse. Por el momento ha propiciado una resolución de la Sala Constitucional³⁴ y una reforma reciente de ley sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional,³⁵ aunque en la práctica debe analizarse su verdadera incidencia, lo que haremos posteriormente. Por de pronto, bástenos indicar que tal tratado fue firmado por Costa Rica el 7 de octubre de 1998; la Sala Constitucional votó acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del tratado, en resolución de 14.56 horas de 1° de noviembre de 2000; fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y ratificado el 7 de junio de 2001.

De cualquier modo, primeramente cabe cuestionarse si el ECPI entra en los casos en que, según lo ha resuelto la Sala Constitucional, tiene una jerarquía igual o mayor incluso, a la misma Constitución Política, por cuanto el supuesto por el cual un instrumento podría llegar a tener tales efectos se reduce a aquellos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos.³⁶

De la respuesta positiva o negativa que se adopte depende que tenga o no esa jerarquía dentro del ordenamiento interno pero, en todo caso, sea cual fuere la respuesta, prevalece tanto sobre el Código Procesal Penal como sobre el Código Penal.

En principio partiremos del hecho de que se trata de un instrumento de derecho penal internacional y no estrictamente un instrumento de derechos humanos, a pesar de que pueda considerarse que en el fondo se trata de algo útil para su tutela. Ahondaremos en esto último más adelante.³⁷ Por ende tomaremos como base el hecho de que incuestionablemente tiene un carácter superior a la ley ordinaria (Código Penal y Procesal Penal, en este caso) e inferior a la Constitución Política, dentro del ordenamiento costarricense, a tenor de lo que prevé el artículo 7 constitucional.³⁸

³⁴ Consulta preceptiva de constitucionalidad de la hora 14.56, de 1° de noviembre de 2000, sobre el proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma.

³⁵ Proyecto de ley publicado para su estudio y debate en la Asamblea Legislativa, en el periódico oficial *La Gaceta*, n° 129, del jueves 5 de julio de 2001. Disponible en <www.imprenal.go.cr>.

³⁶ La Sala Constitucional le ha dado un significado amplio al concepto de “instrumentos internacionales de Derechos Humanos”, tanto en la consulta preceptiva de constitucionalidad mencionada líneas arriba, como en el voto 2000-7484, de 25 de agosto de 2000. Considera que por tal concepto comprende no solamente las convenciones, tratados o acuerdos formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo, sino cualquier otro instrumento que tenga naturaleza propia de la protección de los derechos humanos, aunque no haya sufrido ese trámite. Se cita como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos o las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

³⁷ Sostiene que parcialmente (¿?) puede considerarse al Estatuto de Roma como un tratado de derechos humanos: Ana Salado Osuna, 2000, pp. 267-299.

³⁸ “Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concertados, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes.

Con base en esta última norma es posible sostener que el Estatuto de Roma tiene directa aplicación dentro del ordenamiento nacional costarricense. Cumplidos los requisitos de opinión preceptiva previa de constitucionalidad, aprobación mediante ley emitida por el órgano Legislativo, ratificación por el Ejecutivo y una vez que ha entrado en vigencia el tratado (con los requisitos que su texto imponga) es directamente aplicable dentro del ordenamiento nacional y por sobre la ley ordinaria.³⁹ Ahora bien, ¿esto implica entonces que los tipos penales que contiene el Estatuto son directamente aplicables también en el orden interno costarricense?

Tal afirmación no significa que no deba realizarse una interpretación o deba analizarse si en algún momento las previsiones del instrumento internacional son contrarias a la legislación ordinaria, ya que incluso el propio ordenamiento prevé que en tales casos se cuenta con dos posibilidades para resolver la antinomia:

1) Una vez sometido un caso concreto, el juez deberá aplicar directamente la norma jerárquicamente prevalente. Esto significa que de existir un choque entre alguna disposición del Estatuto de Roma y el Código Penal o Procesal Penal, predomina el primero. Todo ello con base en la jurisprudencia sentada por la propia Sala Constitucional, que es de acatamiento obligatorio con efectos *erga omnes*.⁴⁰

2) En segundo caso, accionar directamente contra la norma de la legislación ordinaria que contraviene el Estatuto de Roma, en sede constitucional, para que el Tribunal Constitucional directamente sea quien declare su inconstitucionalidad,⁴¹ ya sea a través de la consulta de constitucionalidad que plantea el juez en un caso en que se discuta su aplicación (y tenga duda al respecto). Esto se encuentra previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en su párrafo I dispone: “Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”; o a través de una acción de inconstitucionalidad donde el afectado cuestione

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente convocada al efecto”.

³⁹ La Sala Constitucional costarricense se ha pronunciado al respecto, y de manera contundente y clara sostiene la directa aplicabilidad de los instrumentos internacionales dentro del orden interno, de acuerdo con la interpretación que hace del ya citado y transcrito artículo 7 constitucional (*supra*, nota 38), concretamente en los votos 135-89, 282-90, 764-90, 807-90, 3724-93 y 829-94.

⁴⁰ La Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en su artículo 13: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.”

⁴¹ Si bien es cierto que no se produce un choque directo entre una norma constitucional y otra de rango inferior, se puede alegar la violación del mismo artículo 7 constitucional por parte de la legislación ordinaria aún vigente, a pesar de existir una norma de superior jerarquía que se contrapone. Optar por esta vía tiene la ventaja de que la declaratoria que hace la Sala Constitucional es vinculante para todos los tribunales del país.

la norma directamente en un caso en que se discuta su aplicación. Al respecto, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 73 dispone: “Cabrán la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional [...] d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional”; o indirectamente cualquier ciudadano, a través del Defensor de los Habitantes (artículo 75, párrafo III de la mencionada ley).

Aparte de estos presupuestos esenciales de control de constitucionalidad de las normas internacionales para su ingreso al sistema interno costarricense es de nuestro interés retomar ahora en un caso en particular el tema del principio de legalidad.

Precisamente este tópico adquiere relevancia en tanto en el ordenamiento jurídico penal costarricense la recepción de algunas figuras contenidas en el Estatuto de Roma se hace vía remisión.

La jurisprudencia sentada por la Sala Constitucional de Costa Rica admite la técnica legislativa de remitir a otra norma para completar el tipo penal aun si se trata de una de menor rango,⁴² por lo que lógicamente sería eso posible cuando se trata de una de mayor rango que la remisoría, como lo son las que contienen los tipos penales del Estatuto de Roma para completar el tipo objetivo, que analizaremos a continuación.

3.3. Normas de derecho penal interno

El Código Penal actual data de marzo de 1970,⁴³ entró en vigor un año después, y ha sido objeto de reformas parciales muy puntuales. Aún así existe un proyecto de Código Penal que todavía se encuentra pendiente de discusión en la Asamblea Legislativa,⁴⁴ con el que se concluiría la reforma al sistema penal iniciada con la transformación del proceso introducida por el Código Procesal Penal de 1996,⁴⁵ y del que también haremos referencia más adelante, en lo que es de nuestro interés.

En el Código Penal de Costa Rica actualmente vigente encontramos varios tipos penales que pueden tener relación con las previsiones del Estatuto de Roma del Tri-

⁴² Así, votos 1876-90, 0490-94, 102-98, 1999-01792, 2000-00880, 2000-06304, 2001-10543, 2001-09748, 2001-11584, 2001-10140 de la Sala Constitucional de Costa Rica.

⁴³ Ley 4573, de 4 de marzo de 1970, que derogaba el antiguo Código Penal y de Policía de 21 de agosto de 1941.

⁴⁴ El primer proyecto data de 1994 y el más reciente del 2002, y se encuentra en la Asamblea Legislativa, pendiente de su discusión y aprobación, sin que a la fecha exista la voluntad política de avanzar hacia esto último.

⁴⁵ Mediante la ley 7594, de 10 de abril de 1996, se aprobó este nuevo Código Procesal Penal que viene a sustituir el anterior, de octubre de 1973, y que se adapta a las últimas tendencias en la materia, siempre dentro de la influencia continental europea, según el enunciado del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica.

bunal Penal Internacional. En el proyecto de Código Penal se incluyen figuras propias del derecho internacional humanitario, otras se dejan de lado o se varía su contenido.

Lamentablemente, en el último proyecto de Código Penal se incurre nuevamente en la omisión indicada, con la agravante de que se elimina la remisión que actualmente contiene la norma (artículo 379 del Código Penal vigente) a los tratados internacionales de derechos humanos y al Estatuto de Roma, y que hoy en día viene a llenar un gran vacío. Es de esperar, como mínimo, que en definitiva se mantenga la actual modificación (del artículo 379 del Código Penal), aunque lo deseable es una solución integral.

Esta norma tiene la particularidad de hacer una remisión a los instrumentos de derechos humanos y al Estatuto de Roma para completar el tipo objetivo,⁴⁶ lo que se deduce cuando establece que la sanción de diez a veinticinco años de prisión se aplicará a quien realice actos, dentro del contexto ahí descrito, que

[...] puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte relativos a la protección de los derechos humanos y del Estatuto de Roma.

Tal tipo penal, que denota la innegable buena intención del legislador y que evidencia la trascendencia que se le quiere dar a la tutela de los derechos humanos, debe sortear varios problemas, resueltos los cuales se abriría un cúmulo de posibilidades que permitiría incluir toda una serie de conductas dentro del ordenamiento interno, que ya están previstas internacionalmente y que se receptarían por esta vía, correspondiéndole la pena ahí prevista.

Se completan de esta forma las lagunas que el propio ordenamiento penal interno tiene cuando el Estado se compromete internacionalmente a sancionar penalmente ciertas conductas.

El artículo 379 del Código Penal costarricense dispone:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y del Estatuto de Roma.

⁴⁶ La doctrina acepta como posible tales remisiones, que además no son infrecuentes en el derecho penal comparado. “Tal ampliación de las remisiones positivas del Código Penal a las normas internacionales puede considerarse uno de los frutos de la creciente importancia que en nuestro tiempo están cobrando las formas de organización y asociación internacional como sustitutivas y superadoras de los tradicionales Estados nacionales soberanos en el confuso y agitado mundo de finales del siglo XX” (F. Bueno Arús, 1995); en igual sentido y citando la jurisprudencia constitucional, Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 72-75.

Esta norma plantea de primera entrada varios problemas:

1. observancia del principio de tipicidad;
2. determinar qué comprende cuando se sostiene que el tipo objetivo abarca aquellas conductas que “puedan calificarse de crímenes de lesa humanidad”.

En cuanto a la primera objeción, hemos visto desde el inicio de este desarrollo que el principio de legalidad,⁴⁷ del cual deriva el de tipicidad, es uno de los pilares sobre los cuales descansa el marco constitucional del sistema penal costarricense.

Según el principio de tipicidad, la ley penal debe contener no solamente la descripción de la conducta que se considera ilícita, sino también la sanción aplicable. Esta objeción es la que ha impedido la directa aplicación del derecho penal internacional en el orden interno: la inexistencia de una sanción que acompañe a la figura prevista en la norma convencional.

Sin embargo, tanto si consideramos estar en presencia de una norma penal incompleta, como si nos hallamos en el supuesto de una norma penal en blanco, no es posible obviar que lo que viene a completar el tipo objetivo no tiene ni el rango de un reglamento, ni el de una ley extrapenal,⁴⁸ sino precisamente de un tratado o convenio internacional.

⁴⁷ Que el propio Código Penal reitera en su artículo 1: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”. Acerca del principio de legalidad, cf. Gilbert Armijo Sancho, 1999, pp. 253 y ss.; Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-75; González Álvarez, 1994, p. 84.

⁴⁸ Remisión que de por sí está permitida para completar el tipo objetivo en algunos supuestos, según ya lo ha resuelto la Sala Constitucional enfrentándose al tema del tipo penal en blanco, en el voto 1876-90. La propia Sala Constitucional, sin embargo, también ha resuelto en el voto 2757-93 que: “La doctrina del derecho penal más autorizado ha definido los tipos penales abiertos, como aquellos a los que la materia de la prohibición remite a la determinación judicial, omitiendo el legislador incluir en el tipo penal la materia de la prohibición. Es comúnmente aceptado que los tipos abiertos, en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad”. Aun así el tipo del art. 379 sí tiene definida la materia de la prohibición, por lo que consideramos una interpretación posibilista y acorde con tal exigencia constitucional. La Sala Constitucional en el voto 4797-M-97 (21 de agosto de 1997) considera que se vulnera el principio de tipicidad cuando el tipo objetivo es conceptualmente impreciso y el sinnúmero de variables que se pueden introducir genéricamente le restan claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. No ha de quedar en manos del juez un margen indiscriminado de interpretación, sino que debe quedar razonablemente limitado su significado. La discusión respecto a la interpretación del alcance de este artículo no se ha producido, ni en la doctrina costarricense, ni en el ámbito judicial; sin embargo, es algo que debe propiciarse, dada la importancia que tiene.

Esto tiene una gran importancia ya que, si desde una óptica teleológico-normativa el principio involucrado tiene como función asegurar, por un lado, la intervención del legislador en la definición de las conductas que conforman el sistema penal y, por otro, la seguridad jurídica que esto brinda a quien va dirigida la norma penal, en ninguno de los dos casos la remisión que hace el artículo 379 del Código Penal de Costa Rica vulneraría el principio de legalidad.

El proceso de incorporación de estas normas internacionales al derecho interno, brinda incluso mayores garantías que aquel proceso de producción de la norma penal ordinaria. Los tratados pasan por el Poder Ejecutivo en la etapa de negociación, firma y ratificación, bajo el tamiz del Poder Legislativo a la hora de la aprobación, y están sujetos al control de constitucionalidad de manera preceptiva a través de la consulta ante la Sala Constitucional, que es previa a la aprobación por parte del legislador.⁴⁹

En otras palabras, la potestad de emitir las normas penales siempre queda sujeta a la discreción del legislador, que puede decidir, en caso de que no lo estime conveniente, improbar un tratado que incluya nuevos tipos penales que no quiera incorporar al sistema.

Con relación a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y nuevamente al de legalidad penal, y con ello también haciendo alusión al problema de lo que “puede calificarse de crímenes de lesa humanidad” según los términos empleados por el legislador, una interpretación que según nuestro criterio sí vulneraría el principio de tipicidad sería aquella que, precisamente, considere que cualquier disposición contenida en los tratados de derechos humanos suscritos por Costa Rica cae dentro de ese supuesto. El legislador parece limitarlo cuando enuncia, al inicio de la norma aludida, que la calificación de “crímenes de lesa humanidad” queda sujeta a “[...] las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos y al Estatuto de Roma”.

Surge la duda de si la calificación requerida en el tipo penal debe estar específicamente definida en el tratado o si, por el contrario, está sujeta a lo que ya determinó el Estatuto de Roma. Esto tiene relevancia en tanto, por ejemplo, hay quien sostiene que el genocidio es un crimen de lesa humanidad, por lo que por esta vía podríamos aceptar las disposiciones referidas a tal ilícito internacional, contenidas tanto en el Estatuto de Roma como en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Genocidio.⁵⁰

⁴⁹ Dispone el artículo 96, inciso a, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.”

⁵⁰ Por ejemplo, Jescheck ya sostenía desde los años ochenta que el genocidio encuadra dentro de este concepto; de hecho, lo definía como “[...] aquellas infracciones graves a las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza,

Parece que, en definitiva, el legislador nacional deja al creador de las normas convencionales que contienen esta clase de delitos, la definición de la conducta a incluir, en tanto permite la remisión condicionada a los supuestos previstos en el artículo 379 del Código Penal al que hemos venido aludiendo. Esto obviamente tendrá trascendencia respecto de la interpretación que se haga con relación a las normas convencionales ya incorporadas al sistema penal, como aquellas que lleguen a incorporarse en un futuro. Vital será, entonces, la interpretación que realice la jurisprudencia (tanto constitucional⁵¹ como de los tribunales ordinarios) para definir el alcance de esta norma.

Así las cosas, y en esa medida, es posible considerar como viable la remisión al Estatuto de Roma por esta vía, concretamente para los supuestos ya citados del artículo 7, incisos (a) asesinato, o (b) exterminio, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de ese ataque y también a otras figuras no previstas expresamente dentro del ordenamiento interno costarricense, a saber y siempre dentro del contexto del enunciado inicial de la norma mencionada, los supuestos contenidos en los incisos:

- d) deportación o traslado forzoso de población;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia;
- i) desaparición forzada de personas.

Todas estas conductas están claramente descritas en la norma convencional precitada. De hecho, y de no existir la posibilidad de remisión, todos esos supuestos carecerían de protección penal en el ámbito interno, en la forma prevista por el Estatuto de Roma.

A pesar del actual estado de cosas, lo conveniente, tal y como se indicó líneas atrás, es realizar una revisión integral del proyecto de Código Penal y, aprovechando la coyuntura, incluir un aparte de delitos de derecho penal internacional en armonía con las obligaciones asumidas internacionalmente por parte de Costa Rica al ratificar varios instrumentos internacionales que le constriñen sancionar a lo interno varios ilícitos. Esto es especialmente sensible en el caso del ECPI.

religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que se realizan respaldados por el poder estatal” (Jescheck, 1981, p. 385). También se ha dicho, ya en fecha más reciente: “[...] así el delito de genocidio presenta una particularidad esencial respecto al crimen contra la humanidad, del cual ha sido considerado como la especie y el género respectivamente [...]” (Casilda Rueda Fernández, 2001, p. 149).

⁵¹ La Sala Constitucional costarricense parece sugerir una línea en ese sentido, en el voto 230-96 y en la consulta preceptiva de constitucionalidad de 14.56 horas del 1° de noviembre de 2000, que retoma al primero y sostiene: “[...] debe tomarse en cuenta que para el caso concreto se está legislando sobre un delito considerado de ‘lesa humanidad’, es decir, que no solamente afecta intereses individuales sino los intereses de la humanidad entera, como especie [...] Y, por eso mismo, la persecución de este tipo de delitos trasciende el interés de un Estado o país en particular, de manera que todas esas circunstancias ameritan que reciba ese tratamiento especial [...]”.

4. Conclusiones

Los Estados parte del ECPI se encuentran en la obligación de perseguir y reprimir los crímenes internacionales previstos en esta norma convencional. Ni siquiera se puede invocar internacionalmente el derecho interno para justificar el incumplimiento de los compromisos asumidos con la ratificación del Estatuto de Roma.

La jerarquía del ECPI dentro del derecho interno tiene una gran relevancia para definir la aplicación directa de los tipos penales que prevé.

La aplicación directa de los tipos penales del ECPI no necesariamente podría estar condicionada a la existencia de normas de remisión en el derecho interno, en tanto se subsanen las objeciones al principio de tipicidad dentro del mismo Estatuto.

La aplicación directa de los tipos penales del ECPI es posible mientras la remisión sea clara y no violente la garantía del principio de legalidad. Para evitar esto último lo óptimo es adecuar al ECPI toda la normativa penal interna, no solo en aspectos materiales, sino procesales. Cuando eso no es posible legislativamente, al menos un análisis jurisprudencial deberá rescatar el tema de la jerarquía del ECPI en el derecho interno y el respeto al principio de tipicidad, y asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado parte al ratificar el Estatuto.

Consecuentemente, la jerarquía de las normas convencionales en el ordenamiento interno y el respeto del principio de legalidad dentro de ese sistema se constituyen en elementos insoslayables que posibilitan o impiden la aplicación directa de los tipos penales del ECPI.

Bibliografía

- ALBERT, Hans, *Kritik der reinen Hermeneutik*, Tubinga, 1994.
- AMBOS, Kai, "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*, Instituto Max Planck y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, p. 25.
- *La Corte Penal Internacional*, EJC, San José, 2003.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, "Las bases constitucionales del principio de legalidad en materia penal", en *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al doctor Carlos José Gutiérrez*, IJSA, San José, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, "I dogmi della dogmatica penale", en *Dei diritti e delle pene*, n° 2, 1983, p. 245.
- *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13.
- *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI, "Quelques remarques á propos de l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances", en *Etudes et essai sur le droit international humanitaire*

- et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ed. Swinarski, Ch. Martinus Nihhoff Publisher, Ginebra, 1984.
- BUENO ARÚS, Francisco, “La teoría de la ley penal en el proyecto de código penal español de 26 de setiembre de 1994”, en *Actualidad Penal*, n° 16, Madrid, abril de 1995, XVII.
- ESSER, J., “Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung”, 1972, p. 36.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio, “Sobre la noción de cooperación en el derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, n° 1, Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “Justicia, Constitución y debido proceso”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 7, Asociación Costarricense de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1994.
- HOUED VEGA, Mario, “El debido proceso penal”, en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Escuela Judicial, San José, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol 1, trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
- LARENZ, K, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)”, 1983.
- MORA MORA, Luis y Sonia NAVARRO SOLANO, *Constitución y derecho penal*, Escuela Judicial, San José, 1995.
- QUEL LÓPEZ, J., “Algunas reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia al desarrollo del derecho internacional humanitario”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIII, Madrid, 1997.
- REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*, Mc Graw Hill, 1997, p. 1081.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, “Diez tesis sobre la violencia y el derecho”, en *Nuevo proceso penal y Constitución*, IJSA, San José, 1998.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, reimp. 2001.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de derecho internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SALADO OSUNA, Ana, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, en Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 267-299.
- Strategic Finance*, vol. LXXXIII, n° 7, Institute of Management Accountants, Nueva Jersey, enero de 2002, p. 21.
- STROZZI, Giorlamo, *Il diritto dei trattati*, Giappichelli Editore, Torino, 1999.
- TRIFFTERER, O., “Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg”, 1966.

EL SALVADOR / Jaime Martínez Ventura

Ley de amnistía general y falta de adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional en El Salvador

Introducción

Esta exposición contiene un relato de hechos sociales, jurídicos y políticos acaecidos en la historia reciente de El Salvador, que pretenden demostrar las carencias o contradicciones jurídicas y la falta de voluntad política, hasta ahora prevalecientes en este país, para la persecución, enjuiciamiento y sanción de personas responsables de cometer crímenes que conmueven la conciencia universal, y que recurren para ello a la distorsión de instituciones jurídicas como la amnistía, que tienen un origen y una finalidad nobles.

La institución de la amnistía, de remotos orígenes en la historia de la civilización humana, fue concebida como un mecanismo jurídico-político para perdonar y olvidar delitos cometidos contra el Estado, a fin de lograr altos propósitos como la paz social y la reconciliación nacional. De ahí que, en sus inicios, toda ley de amnistía estuviese dirigida estrictamente a tres categorías de delitos: delitos políticos, delitos comunes conexos con políticos o delitos comunes cometidos en conjunto por un significativo número de personas.

Además, esa concepción original de la amnistía está directamente ligada con principios liberales, según los cuales el Estado no puede perdonar otros delitos que no sean aquellos cometidos contra él. Es decir, no puede suplantar a las víctimas de violaciones a derechos que, según el ideario liberal, pertenecen a cada individuo. De ahí que, originalmente, fuese inconcebible que el Estado amnistiara delitos que atentaran contra la dignidad de las personas, y menos aún si fuesen crímenes cometidos de forma generalizada y sistemática por agentes

del mismo Estado o por particulares con la participación, complicidad, tolerancia o permisión del primero.

En la historia reciente de diversos países, particularmente de América Latina, la amnistía ha sido desnaturalizada en la medida que ha ido más allá de sus propósitos originales y se ha pretendido convertirla en un instrumento legal para garantizar la impunidad de crímenes de trascendencia internacional como el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad.

El Salvador no ha sido la excepción. La emisión sucesiva de varias leyes de amnistía y la vigencia actual de una de ellas, le dan la vergonzosa situación de ser un país en el que se cometieron miles de detenciones y persecuciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas de personas y ejecuciones extrajudiciales de mujeres, niños y ancianos de las zonas rurales, sacerdotes, pastores evangélicos, catequistas y otros religiosos, incluyendo los magnicidios del arzobispo de San Salvador, monseñor Oscar Arnulfo Romero —crimen que cumplió 24 años el 24 de marzo de 2004— y los de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana, sin que hasta la fecha ninguna persona haya sido sancionada por alguno de esos crímenes.

Esta exposición pretende poner en evidencia que la persistencia de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, de 1993 (en adelante, Ley de Amnistía General), y la atmósfera política y social que le favorece, constituyen obstáculos que contribuyen a impedir que El Salvador forme parte de los países que han firmado, ratificado o adherido al Estatuto de Roma. Con esto no se quiere decir que El Salvador, para formar parte del Estatuto, tiene antes que derogar la mencionada ley de amnistía, la cual carece de ese efecto y, sin duda, si lo tuviera, sería un argumento más para quienes hacen todo lo posible por evitar la adhesión al Estatuto. Lo que se expone no es que la ley de amnistía sea un valladar jurídico insalvable, sino más bien una normativa que propicia asideros políticos, ideológicos y sociales, en contra de la Corte Penal Internacional.¹

1. Reseña histórica y estado actual de la amnistía en la Constitución y en la legislación penal de El Salvador

La primera Constitución que rigió a El Salvador fue la Constitución de la República Federal de Centroamérica, de 1824. Desde entonces, la concesión de amnistías ha sido una atribución del Poder Legislativo; el artículo 69, ordinal 24º, de dicha Constitución² proclamaba que una de las atribuciones del Congreso era “conceder amnistías o indultos

¹ Agradezco el apoyo de Katya Gisela Rivera, colaboradora jurídica del Centro de Estudios Penales de El Salvador, CEPES, en la búsqueda y selección de material bibliográfico y documental que ha servido de base para elaborar esta exposición.

² Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, *Las Constituciones de la República Federal de Centro América*, tomo I, primera edición, San Salvador, 1993, pp. 14 y 22.

generales en el caso que designa el artículo 118”. Este último artículo establece que la amnistía o indulto debe ser propuesta por el presidente de la República.³

Las otras dos Constituciones federales que rigieron El Salvador también atribuyen esa facultad al Poder Legislativo. La Constitución Política de los Estados Unidos de Centro América, de 1898, lo hace en el artículo 79, numeral XIX, mientras que la Constitución Política de la República Federal de Centroamérica, de 1921, establece esa facultad del Poder Legislativo, en el artículo 86, atribución 18^a.⁴

En cuanto a las Constituciones que imperaron en El Salvador como república unitaria,⁵ también otorgan esta atribución al Poder Legislativo. La primera de ellas, la Constitución de 1841, lo hace en el artículo 29, el cual deja abierta la posibilidad de conceder amnistías particulares;⁶ la Constitución de la República del Salvador, de 1864, establece esa atribución en el artículo 28, ordinal 11°, que menciona amnistías particulares.⁷

Posteriormente, la Constitución Política de El Salvador, de 1871, impone esa atribución en el artículo 36, ordinal 15°, en el que por primera vez se amplía la facultad legislativa a la concesión de indultos y conmutaciones, precedidos de un informe favorable del Poder Judicial,⁸ atribución que se mantiene de modo similar en las Constituciones de 1872 y 1880.

Las Constituciones del siglo XX especifican que la amnistía se concederá en casos de delitos políticos, conexos con políticos o cometidos por un número determinado de personas. La Constitución de 1939, artículo 77, que establece las atribuciones de la Asamblea Nacional en el ordinal 29°, introduce por primera vez esa precisión, al decir:

29.º Conceder amnistías por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por todo un pueblo o por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia.⁹

³ El artículo dice: “Art. 118.- Quando (*sic*) por algún grave acontecimiento peligre la salud de la patria y convenga usar de amnistía o indulto, el Presidente lo propondrá al Congreso”.

⁴ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, o. cit., pp. 59 y 100.

⁵ Debido a los caudillismos, oligarquías y falta de apego real a los principios republicanos, El Salvador, en su corta historia como república independiente, desde 1821 hasta la fecha ha tenido trece constituciones nacionales y tres constituciones federales; varias de ellas estuvieron vigentes solamente uno, tres u ocho años, porque eran derogadas o reformadas, según la necesidad de los caudillos dominantes que necesitaban modificar las disposiciones constitucionales para prolongar el período del ejercicio de la presidencia de la República, imponiéndose por medio de fraudes electorales o golpes de estado. Las constituciones contemporáneas que han tenido mayor durabilidad son la Constitución Política de 1962 y la Constitución de la República de 1983, actualmente en vigencia.

⁶ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, *Las Constituciones de la República de El Salvador*, primera parte, tomo II-A, primera edición, San Salvador, 1993, p. 28. El artículo decía: “Art. 29.- Finalmente, conceder indultos y amnistías jenerales (*sic*) o particulares”.

⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁸ *Ibidem*, p. 78.

⁹ *Ibidem*, p. 250.

La Constitución de 1945 retrocede en esta materia, ya que en su artículo 68, fracción 22^a, vuelve a la vieja redacción que no especifica la amnistía para delitos políticos, conexos o comunes cometidos por un número determinado de personas. Las Constituciones de 1950 y 1962 retoman la precisión constitucional introducida en 1939.¹⁰

Actualmente la amnistía se encuentra estipulada en artículo 131, ordinal 26º, de la Constitución de la República vigente,¹¹ según el cual a la Asamblea Legislativa corresponde: “Conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia”.

Otra disposición constitucional de suma relevancia es el artículo 244 de la Constitución actual, que establece:

Artículo 244. La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.

El Código Penal de 1973,¹² en el título VI, denominado “Extinción de la Acción Penal y la Pena”, establecía la amnistía como una de las causas que extinguen la acción penal (artículo 119, ordinal 2º) y la pena (artículo 120, ordinal 4º). Los efectos de esta institución se encontraban regulados en el artículo 122, que decía: “La amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de la misma, salvo lo dispuesto en el art. 118”. El aludido artículo 118, en su párrafo final, prescribía que las medidas de seguridad no se extinguen por amnistía ni por indulto.

Por su parte, el Código Procesal Penal (CPP) de 1973,¹³ en el artículo 282, ordinal 3º, estipulaba la amnistía como una excepción perentoria, es decir, aquellas que ponen fin al proceso y que al interponerse generan un incidente de previo y especial pronunciamiento. La oportunidad para oponer esta y cualquier otra excepción era en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, según lo regulaba el artículo 284 del CPP.

¹⁰ Ambas Constituciones, en los arts. 46, 26º, y 47, 26º, respecto de las atribuciones de la Asamblea Legislativa, dicen textualmente: “Conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia”. Véase Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, *Las Constituciones de la República de El Salvador*, o. cit., pp. 370 y 431.

¹¹ Decreto constituyente 38, de 15 de diciembre de 1983, *Diario Oficial* n° 234, tomo 281, de 16 de diciembre de 1983.

¹² Decreto legislativo 270, de 13 de febrero de 1973; *Diario Oficial* n° 63, tomo 238, de 30 de marzo de 1973.

¹³ Decreto legislativo 450, de 22 de octubre de 1973; *Diario Oficial* n° 208, tomo 241, de 9 de noviembre de 1973.

Otra regulación aparecía en el título III, relativo a las acciones provenientes del delito, concretamente en el artículo 92, literal *d*, que establecía la amnistía como una causa que extingue la acción civil, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil. Más adelante, en el título VI, sobre los recursos de gracia, en el capítulo I, artículos 649 a 659, se establecían otras regulaciones particulares sobre la amnistía.

El Código Penal actual,¹⁴ vigente desde el 20 de abril de 1998, en el artículo 96, numeral 4, establece la amnistía como una de las causas que extinguen la *responsabilidad penal*; luego, el artículo 104 estipula que la amnistía extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena y todas las consecuencias penales de esta. El mismo artículo clasifica la amnistía en absoluta o restringida; esta última es la que deja subsistente la responsabilidad civil.

En la legislación vigente se observa una modificación respecto del Código Penal de 1973, ya que este regulaba la amnistía como causa de extinción de la pena, mientras que para el Código Penal actual la amnistía no extingue la pena —algo que corresponde al indulto— sino la responsabilidad penal.

En el Código Procesal Penal actual,¹⁵ la amnistía aparece en el artículo 31, ordinal 3, como una de las causas que extinguen la acción penal, y en el artículo 45, numeral 2, según el cual, la acción civil se extingue por sobreseimiento definitivo salvo que este se pronuncie por alguna de las siguientes causas: “[...] d) Amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil”.

El actual Código Procesal Penal corrige una deficiencia técnica que contenía el anterior código que regulaba la amnistía como una excepción perentoria (artículo 282, ordinal 3º), mientras que ahora las únicas excepciones que reconoce el artículo 277 del CPP son: 1) incompetencia; 2) falta de acción; 3) extinción de la acción penal (que tácitamente incluye la amnistía) y 4) cosa juzgada.

El Código Procesal Penal actual suprimió el título VI, denominado “Recursos de Gracia”, que aparecía en el Código Procesal Penal de 1973, en el título VI, artículos 649 a 684. En su lugar se emitió una ley especial denominada Ley Especial de Recursos de Gracia,¹⁶ que es casi una transcripción textual del mencionado título VI. Esta ley, en su capítulo II, artículo 3 al 12, establece las disposiciones relativas a la amnistía, que desarrollan las normas fundamentales establecidas en la Constitución respecto de la procedencia (artículo 3), clases de amnistía (artículo 7), efectos de la amnistía absoluta (artículo 8), otros efectos (artículo 9) y otras regulaciones.

¹⁴ Decreto legislativo 1030, de 26 de abril de 1997, *Diario Oficial* n° 105, tomo 335, de 10 de junio de 1997.

¹⁵ Decreto legislativo 904, de 4 de diciembre de 1996; *Diario Oficial* n° 11, tomo 334, de 20 de enero de 1997.

¹⁶ Decreto legislativo 436, de 8 de octubre de 1998; *Diario Oficial* n° 206, tomo 341, de 5 de noviembre de 1998.

2. Antecedentes inmediatos de leyes de amnistía en El Salvador

2.1 *La Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional de 1987*¹⁷

De acuerdo con su parte introductoria, esta ley fue emitida como una derivación del documento denominado Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centro América, conocido como Pacto de Esquipulas, firmado por el entonces presidente José Napoleón Duarte, de El Salvador, y los demás presidentes de Centroamérica, a iniciativa del presidente Oscar Arias, de Costa Rica.

El artículo 1 de la ley concede amnistía absoluta y de pleno derecho a favor de todas las personas, nacionales o extranjeras, que hayan actuado como autores inmediatos, mediatos o cómplices, en delitos políticos, comunes conexos con políticos o delitos comunes perpetrados por un número de personas que no baje de veinte, cometidos antes del veintidós de octubre de 1987.

El párrafo segundo de ese artículo ordena que la amnistía se conceda a las personas alzadas en armas, bajo la condición de que dentro de quince días posteriores a la vigencia de la ley depongan las armas y se entreguen a las autoridades civiles o militares, y manifiesten su deseo de acogerse a la amnistía.

El artículo 2 amplía la definición de delitos políticos, al incluir en ella los siguientes:

a) Los delitos especificados en el artículo 151 del Código Penal (1973), el cual textualmente decía:

Delitos Políticos y Delitos Comunes Conexos

Art. 151. Para los efectos penales son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad internacional o interna del Estado, excepto el vilipendio a la Patria, sus símbolos y a los Próceres.

También se considerarán delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los Jefes de Estado.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste; debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos, en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos, la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de la correspondencia.

b) Los delitos contra la existencia y organización del Estado, tipificados en los artículos 373 a 380 del mencionado código, que entre otros incluía el delito de asociaciones subversivas (artículo 376), filiales o secciones de asociaciones subversivas extranjeras (artículo 377), difusión o propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia (artículo 378) y tenencia de material subversivo (artículo 379);

¹⁷ Decreto legislativo 805, de 27 de octubre de 1987, *Diario Oficial* n° 199, tomo 297, de 28 de octubre de 1987.

c) Los delitos contra la paz pública, regulados en los artículos 400 a 411, que entre otros comprendían los delitos de actos de terrorismo (artículo 400), tentativa de terrorismo (artículo 401), actos preparatorios del terrorismo (artículo 402), proposición y conspiración para actos de terrorismo (artículo 403), asociaciones ilícitas (artículo 407), tenencia ilícita de arma de fuego (artículo 410), tenencia, portación o conducción de armas de guerra (artículo 411).

d) Los delitos cometidos por cualquier persona con motivo, ocasión, en razón o como consecuencia del conflicto armado, sin que para ello se tome en consideración la militancia, filiación o ideología política o la pertenencia a uno u otro de los sectores involucrados en el conflicto.

A pesar de esa extensión, el artículo 3 de la ley establece una lista de casos y categorías de delitos excluidos de la amnistía: 1) El asesinato del arzobispo de San Salvador, Oscar Arnulfo Romero; 2) Los actos de terrorismo previstos en el inciso 2º del artículo 400 del Código Penal, consistentes en privación de libertad, amenazas u homicidios, cuando fueren con ánimo de lucro personal; y 3) Los delitos de secuestro, extorsión y comercio clandestino o fraudulento de drogas.

2.2 *La Ley de Reconciliación Nacional de 1992*¹⁸

Esta ley fue emitida en cumplimiento de uno de los puntos de los acuerdos de paz; uno de sus fines principales fue favorecer la incorporación legal a la vida civil, de los miembros del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.¹⁹ Como se verá más adelante, esta ley —a diferencia de otras— dejaba abierta la posibilidad de investigar, juzgar y sancionar los hechos más graves, aunque después pudiesen ser amnistiados.

El artículo 1 concede amnistía a favor de todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con estos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes del 1º de enero de 1992, *exceptuándose en todo caso el delito común de secuestro*, contemplado en el artículo 220 del Código Penal.

El artículo 2, de modo similar a la ley de amnistía de 1987, extiende la definición de delitos políticos, al incluirle los especificados en el artículo 151 del Código Penal (1973), los delitos contra la existencia y organización del Estado, tipificados en los artículos 373 a 380 de este código, los delitos contra la paz pública, regulados en los artículos 400 a 411, los cometidos por cualquier persona con motivo o en razón del conflicto armado y, como novedad, incluye también los artículos 76 a 89 del

¹⁸ Decreto legislativo 147, de 23 de enero de 1992, *Diario Oficial* n° 14, tomo 314, de 23 de enero de 1992.

¹⁹ Cf. considerando de la Ley de Reconciliación Nacional.

Código de Justicia Militar,²⁰ que regulan los delitos de rebelión y sedición de militares y otras personas sujetas a la jurisdicción castrense que se alzaren en armas contra el gobierno, y los artículos 91 y 92 del mismo código, que regulan respectivamente la proposición y conspiración, y la tentativa en esos delitos de rebelión y sedición.

La disposición más interesante de esta ley es el artículo 6, que excluye de la amnistía a las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieren participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1º de enero de 1980 y que reclamen con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad. Se excluye también a quienes hubiesen sido condenados por el tribunal del jurado, por cualesquiera de los delitos cubiertos por la amnistía. No obstante, con el fin de contribuir a la reconciliación, también dispone que seis meses después de conocer el informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa podrá tomar las resoluciones que considere convenientes en estos casos.

3. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz

3.1 *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

Antes de que El Salvador aprobara la Ley de Amnistía General, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos existían antecedentes sobre la incompatibilidad de ese tipo de leyes con los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que regulan, respectivamente, la obligación de los Estados parte de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en dicha convención, el derecho a garantías judiciales y el derecho a protección judicial.

En el informe n° 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, contra el Estado de Argentina, de fecha 2 de octubre de 1992, conocidos como los casos “contra las leyes de obediencia debida y punto final”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había concluido: 1) que dichas leyes son incompatibles con el artículo XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la CADH; 2) recomendar al gobierno de Argentina que otorgue a los peticionarios una justa compensación por las violaciones indicadas; y 3) recomendar al gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar.

Conclusiones y recomendaciones similares se hacen en el informe n° 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, contra el

²⁰ Decreto legislativo 562, de 7 de mayo de 1964, reformado por decreto legislativo 345, de 7 de marzo de 1985, *Diario Oficial* n° 63, tomo 286, de 28 de marzo de 1985, y por decreto legislativo 368, de 12 de noviembre de 1992, *Diario Oficial* n° 219, tomo 317, de 27 de noviembre de 1992.

Estado de Uruguay, de fecha 2 de octubre de 1992, es decir, los casos contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Con anterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, había sentado un precedente contra la impunidad de delitos que constituyen violaciones a derechos humanos, al interpretar el artículo 1.1 de la CADH en el sentido de que los Estados tienen la obligación de:

[p]revenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²¹

La obligación de los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad, fue ratificada después por la Corte en la sentencia del caso *Castillo Páez c. Perú*.²²

Posteriormente, en el informe n° 136/99, caso 10.488, de fecha 22 de septiembre de 1999, sobre las ejecuciones extrajudiciales de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana de El Salvador y dos empleadas de la misma universidad,²³ perpetrado en noviembre de 1989, la Comisión Interamericana recomendó al Estado salvadoreño:

1. Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, conforme a estándares internacionales, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones encontradas, sin perjuicio de la amnistía decretada.
2. Reparar integralmente las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa indemnización.
3. 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 n° 37/00, caso 11.481, ejecución extrajudicial del arzobispo de San Salvador Oscar Arnulfo Romero, la Comisión Interamericana formuló al Estado de El Salvador las recomendaciones siguientes:

1. Realizar una investigación judicial completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones establecidas en el presente informe, sin perjuicio de la amnistía decretada.

²¹ Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, n. 4, párr. 174, citado por Renzo Pomi, “El combate contra la impunidad: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fundación para el Debido Proceso Legal – Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, *Justicia para las víctimas en el siglo XXI*, San Salvador, 2002, p. 56.

²² Caso *Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C, n° 34, párr. 90, citado por Renzo Pomi, o. cit., p. 59.

²³ 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 esta, la menor Celina Mariceth Ramos.

2. Reparar todas las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa indemnización.
3. Adecuar su legislación interna a la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la Ley de Amnistía General.

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.²⁴

3.2 *El sistema universal de protección de los derechos humanos*

En el documento de “Examen de los informes presentados por los Estados parte, 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 50º período de sesiones, de fecha 18 de abril de 1994, sobre el Estado de El Salvador, hizo las observaciones siguientes:

7. El Comité expresa su grave preocupación por la aprobación de la Ley de Amnistía, que impide las investigaciones pertinentes de las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado y el castigo de quienes las hayan perpetrado, impidiendo a la vez la indemnización de las víctimas. Esa ley también menoscaba seriamente los esfuerzos tendientes a restablecer el respeto de los derechos humanos en El Salvador y a impedir que vuelvan a producirse violaciones masivas de los derechos humanos ocurridas en el pasado.

En el apartado de sugerencias y recomendaciones, el Comité dijo:

11. El Comité subraya la obligación que corresponde al Estado parte en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, de garantizar que las personas que hayan sido víctimas de violaciones de sus derechos humanos en el pasado puedan interponer un recurso efectivo. Con objeto de cumplir esa obligación, el Comité recomienda que el Estado parte examine el efecto de la Ley de amnistía y que enmiende o derogue esa ley, según sea necesario.²⁵

Nueve años más tarde, el 22 de agosto de 2003, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ratificó las preocupaciones y recomendaciones expresadas en el documento anterior, al sostener:

²⁴ Caso *Barrios Altos* (*Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú*). Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n° 75, párr. 2, citado por Renzo Pomi, o. cit., p. 60.

²⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 50º período de sesiones, *Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 18 de abril de 1994.

6. El Comité reafirma su preocupación por la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993, y por la aplicación de esta ley a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad. Al tiempo que toma nota de la posición del Estado parte, que considera que la Ley de Amnistía General es compatible con la Constitución de El Salvador, el Comité considera que dicha ley vulnera el derecho a un recurso efectivo, contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos, y que se proporcione reparación a las víctimas.

El Comité reitera sus observaciones finales adoptadas el 8 de abril de 1994, en las cuales recomienda que se vuelva a examinar los efectos de la Ley de Amnistía General y que se recomiende esta ley para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe respetar y garantizar la aplicación de los derechos reconocidos en el Pacto.²⁶

4. Posición de El Salvador ante el Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁷

El Estado de El Salvador no tuvo participación alguna en los esfuerzos anteriores a 1998 para elaborar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), pero sí participó en la reunión que se llevó a cabo ese año en Roma, y votó, como el resto de Estados participantes, a favor de la aprobación del Estatuto. Pese a esa aprobación, El Salvador no firmó el Estatuto de Roma y hasta la fecha tampoco se ha adherido.

El gobierno salvadoreño argumenta que existen normas del Estatuto que riñen o podrían riñir con disposiciones de la Constitución salvadoreña. Los temas de contradicción son la pena de prisión perpetua (artículo 77, n° 1 *b* del ECPI, contra el artículo 27, inciso 2° de la Constitución); la extradición y la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional (artículos 89 y 90 del ECPI, contra el artículo 28, incisos 2°, 3° y 4° de la Constitución); la posible afectación al principio de prohibición de la persecución penal múltiple o *ne bis in idem* (artículo 20, n° 3 del ECPI, contra el artículo 11, inciso 1°, *in fine* de la Constitución) y el desconocimiento de fueros, privilegios o inmunidades a funcionarios de gobierno (artículo 27 del ECPI contra los artículos 236 a 238 de la Constitución).

Funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores afirman que se están haciendo esfuerzos por superar esas posibles contradicciones con la Constitución salvadoreña y para ello se está realizando una revisión de las soluciones adoptadas por países que tenían similares problemas, como Chile, Colombia, Uruguay y Brasil. Sin embargo, según tales funcionarios, la ventaja que esos países han tenido es que cuentan con una especie de control de constitucionalidad a priori, en virtud del cual un

²⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 78° período de sesiones. *Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 22 de agosto de 2003.

²⁷ La mayor parte del contenido de este apartado está basado en una entrevista a la Dra. 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.

tratado internacional puede ser sometido a dictamen previo de la Corte Suprema de Justicia o Corte 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 a posteriori.

En la búsqueda de una solución, en el año 2003 la ministra de Relaciones Exteriores presentó a la Asamblea Legislativa una solicitud de consulta sobre la viabilidad constitucional del Estatuto de Roma. No se trata de una petición de ratificación, lo cual correspondería al presidente de la República, porque ni siquiera se ha firmado la adhesión al Estatuto; es más bien una especie de consulta técnica. En esa solicitud, Relaciones Exteriores ha planteado como una alternativa al Órgano Legislativo, aprobar una única reforma constitucional consistente en proclamar que no se considerarán como inconstitucionalidades las posibles contradicciones que algunas normas del Estatuto de Roma tengan respecto de la Constitución de la República.

Por lo anterior, oficialmente se dice que el gobierno de El Salvador quiere ser parte del Estatuto de Roma, se reconoce que existen obstáculos jurídicos consistentes en posibles contradicciones con la Constitución del país, pero se deben estudiar y superar dichos obstáculos a través de una constante coordinación con los otros órganos de gobierno, principalmente con la Asamblea Legislativa.

Además, aunque El Salvador todavía no es parte del ECPI, se afirma que está haciendo una especie de estudio comparativo previo para su posterior implementación. En ese sentido se han recopilado y estudiado las leyes de implementación nacional de varios países; la de Uruguay es la que más ha llamado la atención. Sin embargo, no se ha elaborado aún propuesta de reforma alguna, ni menos se ha presentado algo concreto a la Asamblea Legislativa. Se tiene la impresión de que eso será tarea del nuevo gobierno, que tomará posesión a partir de junio de 2004.

Las afirmaciones anteriores confirman que “a pesar de que la normativa penal vigente ha sufrido una gran cantidad de reformas, al momento no se ha presentado o discutido seriamente la posibilidad de realizar una reforma en procura de buscar la adecuación de la legislación interna al Estatuto de Roma o a otros instrumentos internacionales que permitan efectivizar la persecución nacional de los crímenes internacionales [...] no se cuenta con planes previsibles de ser adoptados como leyes que permitan la persecución penal internacional efectiva y adecuada a los estándares internacionales. Es más, en el entorno salvadoreño no ha existido hasta la fecha una discusión seria sobre estos aspectos. Apenas algunas organizaciones no gubernamentales han comenzado a debatir sobre los beneficios de la suscripción y ratificación del Estatuto de Roma”.²⁸

²⁸ Véase Jaime Martínez Ventura y Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez, “El Salvador”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, pp. 306 y 329.

Los mismos funcionarios de gobierno reconocen que se sienten contra la corriente general consistente en fortalecer la jurisdicción universal para la persecución, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales, principalmente por la posición de la Unión Europea, que es muy consecuente con ese objetivo. El Estado salvadoreño se siente presionado por la Unión Europea, pero no es una presión política o económica, sino de carácter moral, porque se percibe que las naciones europeas claramente esperan que los países con los que tienen relaciones reconozcan la competencia de la Corte Penal Internacional.

5. El convenio bilateral entre El Salvador y los Estados Unidos de América para evitar la extradición de nacionales ante la Corte Penal Internacional

El 25 de octubre de 2002, la ministra de Relaciones Exteriores de El Salvador, María Eugenia Brizuela, y la embajadora de los Estados Unidos en El Salvador, Rose Likins, suscribieron en San Salvador el convenio entre el gobierno de la República de El Salvador y el gobierno de los Estados Unidos de América respecto al traslado de personas a la Corte Penal Internacional, cuyas cláusulas principales dicen:²⁹

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, trasladadas por ningún motivo a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni trasladadas 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.
- [...]
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.

La inmediata disposición del gobierno de El Salvador a prestarse a los intereses del gobierno actual de los Estados Unidos de América demuestra que “El Salvador es un país sin mucha presencia internacional, dependiente de las decisiones de otros países; por lo tanto, si pretendiera procesar a un nacional del país o países de los que depende, se podría ver impedido en su cometido, en la medida en que esos países interfieran o condicionen aspectos importantes para la vida nacional salvadoreña a cambio de no realizar la persecución penal”.³⁰

²⁹ Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Comisión de Relaciones Exteriores, *Integración centroamericana y salvadoreños en el exterior*, Expediente 2556-1-2003. San Salvador, 22 de enero de 2003.

³⁰ Martínez Ventura y Vaquerano Gutiérrez, o. cit., p. 329.

Es preocupante que se pretenda fundamentar este tipo de convenios entre Estados que no son parte del Estatuto de Roma a partir de que, en virtud del principio de complementariedad, dicho estatuto no tiene la intención de suplantar las jurisdicciones penales nacionales sino solamente complementarlas e incluso que se haga mención expresa de que las partes tienen conocimiento del artículo 98 del Estatuto de Roma —que, a simple vista, da pie para ese tipo de convenios— y se olvide el espíritu esencial de dicho estatuto y de su artículo 86, que establece como principio la obligación general de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional, en relación con la investigación y enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Según una funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, 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, este prevalecerá sobre disposiciones de ese convenio bilateral; esta posición ha sido expuesta por la ministra del ramo a la Comisión de Relaciones Exteriores de la Asamblea Legislativa, donde ya ha sido presentado el convenio bilateral solicitando su ratificación.³¹

El convenio fue remitido el 22 de enero de 2003 por la ministra de Relaciones Exteriores a la Asamblea Legislativa, para su estudio y posible ratificación. El 5 de junio de 2003, Amnistía Internacional difundió una carta abierta a todos los miembros de la Asamblea Legislativa instándoles a rechazar ese acuerdo bilateral.³² Similar esfuerzo realizó la Coalición Salvadoreña por la Corte Penal Internacional.

El 25 de febrero de 2004, ante una noticia periodística que afirmaba que ese día sería ratificado el referido convenio, la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, FESPAD, solicitó a los diputados y diputadas rechazar su ratificación y archivar la petición del Órgano Ejecutivo. Afortunadamente, la votación fue pospuesta para una fecha todavía no determinada, ya que la petición del gobierno no contaba con los votos necesarios para la ratificación.

³¹ Entrevista a la Dra. 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.

³² Amnistía Internacional, carta abierta a todos los miembros de la Asamblea Legislativa instándoles a rechazar el acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América referido a la Corte Penal Internacional. Disponible en <<http://web.amnesty.org/library/print/ESLAMR290022003>>.

Conclusiones

En El Salvador la amnistía siempre ha sido una atribución que las Constituciones asignan al Poder Legislativo. Aunque en el siglo XIX no se precisaba el tipo de delitos susceptibles de amnistía, a partir del siglo XX todas las Constituciones coinciden en especificar que esta gracia es solo para delitos políticos, comunes conexos con políticos y comunes cometidos por un número considerable de personas. Esto demuestra que el espíritu original del poder constituyente es conceder amnistía exclusivamente a delitos cometidos contra el Estado.

Esta definición originaria y exhaustiva de delitos amnistiables ha sido desnaturalizada constantemente por el Poder Legislativo, que al emitir leyes de amnistías ha extendido la definición de delitos políticos a una serie de tipos penales que no corresponden al auténtico espíritu de esta institución; es decir, se abarcan delitos cuyo titular del bien jurídico no es el Estado sino personas naturales y concretas que deberían ser las únicas capaces de decidir si se perdona o no el delito cometido contra ellas.

A la aberración de los crímenes cometidos, el Estado ha respondido con otra aberración: adjudicarse el poder de ampliar el concepto de delitos políticos, incluyendo en esa ampliación crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad e, insólitamente, sin ninguna base científica, se ha extendido tal definición a los delitos contra la administración de justicia. Al desnaturalizar de esa manera la definición de delitos políticos con el fin de amnistiarlos, se violenta el espíritu y la letra de la Constitución, que establece una lista cerrada de delitos amnistiables.

La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, de 1993, ha sido duramente cuestionada por reñir con disposiciones de la Constitución de la República, entre ellas el artículo 244 que prohíbe la figura de autoamnistía, es decir, aquellas emitidas en el mismo período presidencial en el que se cometieron los delitos amnistiables. Tales cuestionamientos fueron expuestos en demandas de inconstitucionalidad presentadas ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que lamentablemente sentenció que no existían las inconstitucionalidades alegadas.

La justicia constitucional y la administración de justicia nacional, en general no han tenido la capacidad, la voluntad o el coraje para declarar la nulidad de la Ley de Amnistía General, pero organismos miembros de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en reiteradas ocasiones han recomendado al Estado salvadoreño derogar, anular o a lo sumo sustituir esa ley, debido a que su vigencia es una flagrante violación al deber que este Estado tiene de prevenir, investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos y, en lo posible, reparar a las víctimas u ofendidos.

El Estado salvadoreño, lejos de cumplir con las recomendaciones de los organismos nacionales e internacionales de derogar la Ley de Amnistía General, pretende

que esta se mantenga a perpetuidad, con el pretexto de que es la única garantía para conservar la paz, para no abrir las heridas del pasado y mirar mejor hacia el futuro. Al razonar de esa manera, quiere condenarse a la sociedad salvadoreña a aceptar que la impunidad y la inoperancia de la justicia son el precio de la paz, de la estabilidad y el desarrollo social.

Debe reconocerse que quienes están a favor de perpetuar la impunidad con la Ley de Amnistía General, en gran medida han logrado ocultar la verdad mediante dos vías. Una es *la ocultación del pasado*, al fingir que no ha ocurrido nada, que no se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, que los días en que se cometieron crímenes atroces contra la humanidad son un período inexistente en la historia de nuestro país. La otra es *la distorsión de la verdad*; cuando resulta imposible esconder lo sucedido se recurre al engaño, a la distorsión o a la justificación, según la cual los crímenes cometidos fueron parte de la legítima defensa que el Estado debía ejercer para defenderse de una supuesta agresión comunista.

La ocultación del pasado y la distorsión de la verdad han logrado imponerse no solo por la fuerza de quienes dominan el poder político y económico, sino que han contado con la complicidad de sectores que monopolizan o dominan el poder ideológico, principalmente a través de la industria de la comunicación, cuyas empresas más grandes jamás han mostrado interés alguno por colocar en sus agendas el tema de la impunidad y los derechos humanos, ni han hecho investigaciones a fondo sobre los antecedentes y consecuencias del Informe de la Comisión de la Verdad o la Ley de Amnistía General.

En pocas palabras, los sectores políticos, sociales y económicos opuestos a la investigación de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado, han logrado imponer *la verdad oficial* consistente en una atmósfera política, social e ideológica a favor de la Ley de Amnistía General. Para mantener ese ambiente se ha impuesto, en amplios sectores de la sociedad, el concepto de amnistía como sinónimo de paz, reconciliación, estabilidad y gobernabilidad, e igualmente se ha hecho hasta lo imposible —recurriendo a la ocultación y distorsión de la verdad— para evitar que ese concepto sea asociado al de injusticia e impunidad.

Esa atmósfera política, social e ideológica que sustenta y favorece a la Ley de Amnistía General ha servido también para restar importancia a esfuerzos realizados para luchar contra la impunidad, tal como ha ocurrido con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que exhortan al gobierno a derogar la Ley de Amnistía General o reemplazarla por otra, las cuales han sido demeritadas por el propio presidente de la República, quien públicamente ha sostenido que no son vinculantes y por lo tanto no tomará acción alguna por cumplirlas.

Lo mismo sucede con el Estatuto de Roma. No existe un ambiente favorable que empuje a las autoridades a preocuparse realmente por su adhesión. A pesar de que representantes del Poder Ejecutivo afirmen que El Salvador quiere ser parte del

Estatuto y que se están haciendo esfuerzos por superar los obstáculos detectados, la verdad es que algunas de esas objeciones revelan que sigue prevaleciendo el *miedo a enfrentar el pasado*, el temor a *abrir una grieta en la muralla de impunidad* que se ha levantado a través de la Ley de Amnistía General.

Más grave aún es que la resistencia del gobierno de El Salvador a los esfuerzos por el juzgamiento de delitos de persecución internacional no solo se haga en relación de los crímenes cometidos en nuestro país en el pasado reciente, sino también respecto de crímenes cometidos o por cometerse en cualquier otro momento y en cualquier otro lugar por ciudadanos extranjeros, como lo demuestra la suscripción del convenio bilateral entre El Salvador y los Estados Unidos de América para evitar la extradición de nacionales ante la Corte Penal Internacional.

Referencias bibliográficas

1. Bibliografía y documentación

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Comisión de Relaciones Exteriores, *Integración centroamericana y salvadoreños en el exterior*, expediente 2556-1-2003, San Salvador, 22 de enero de 2003.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Carta abierta a todos los miembros de la Asamblea Legislativa instándoles a rechazar el acuerdo bilateral con los Estados Unidos de América referido a la Corte Penal Internacional*, <<http://web.amnesty.org/library/print/ESLAMR290022003>>.

COMISIÓN COORDINADORA PARA EL SECTOR JUSTICIA, *Las Constituciones de la República Federal de Centro América*, tomo I, 1ª ed., San Salvador, 1993.

— *Las Constituciones de la República de El Salvador*, Primera Parte, tomo II-A, 1ª ed., San Salvador, 1993.

COMISIÓN DE LA VERDAD, “De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador, Informe de la Comisión de la Verdad”, en *Revista ECA*, n° 533, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, marzo de 1993.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Proyecto de Código Penal*, 1994.

HOWLAND, Todd, “Amnistía, impunidad y la necesidad de una solución negociada en El Salvador”, en *Revista ECA*, n° 498-499, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, San Salvador, abril-mayo de 1990.

MARTÍNEZ VENTURA, Jaime y Xochitl MARCHELLI. *Reforma penal y acuerdos de paz*, FESPAD, San Salvador, 2002.

— y Nelson Armando VAQUERANO GUTIÉRREZ, “El Salvador”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e internacional - Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003.

NACIONES UNIDAS, *Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, San Salvador, julio de 1992.

- *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.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 50º 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.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 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.

POMI, Renzo, “El combate contra la impunidad: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Fundación para el Debido Proceso Legal - Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, *Justicia para las víctimas en el siglo XXI*, San Salvador, 2002.

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael, *La sentencia de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz: ¿abrieron puertas para superar la impunidad?*, Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho, FESPAD, San Salvador, documento inédito.

2. Legislación

Constitución de la República de El Salvador, decreto constituyente 38, de 15 de diciembre de 1983, *Diario Oficial* n° 234, tomo 281, de 16 de diciembre de 1983.

Código Penal de 1973, decreto legislativo 270, de 13 de febrero de 1973, *Diario Oficial* n° 63, tomo 238, de 30 de marzo de 1973.

Código Procesal Penal de 1973, decreto legislativo 450, de 22 de octubre de 1973, *Diario Oficial* n° 208, tomo 241, de 9 de noviembre de 1973.

Código Penal, decreto legislativo 1030, de 26 de abril de 1997, *Diario Oficial* n° 105, tomo 335, de 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal, decreto legislativo 904, de 4 de diciembre de 1996, *Diario Oficial* n° 11, tomo 334, de 20 de enero de 1997.

Código de Justicia Militar, decreto legislativo 562, de 7 de mayo de 1964, reformado por decreto legislativo 345, de 7 de marzo de 1985, *Diario Oficial* n° 63, tomo 286, de 28 de marzo de 1985 y por decreto Legislativo 368, de 12 de noviembre de 1992, *Diario Oficial* n° 219, tomo 317, de 27 de noviembre de 1992.

Ley Especial de Ocurros de Gracia, decreto legislativo 436, de 8 de octubre de 1998, *Diario Oficial* n° 206, tomo 341, de 5 de noviembre de 1998.

Ley de Amnistía para el Logro de la Reconciliación Nacional de 1987, decreto legislativo 805, de 27 de octubre de 1987, *Diario Oficial* n° 199, tomo 297, de 28 de octubre de 1987.

Ley de Reconciliación Nacional de 1992, decreto legislativo 147, de 23 de enero de 1992, *Diario Oficial* n° 14, tomo 314, de 23 de enero de 1992.

Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, decreto legislativo 486, de 20 de marzo de 1993, *Diario Oficial* n° 56, tomo 318, de 22 de marzo de 1993.

Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española

La adaptación de la legislación española a las exigencias del Estatuto de Roma se ha realizado principalmente mediante dos leyes orgánicas, una de reforma del Código Penal y otra de cooperación con la Corte Penal Internacional, que pasamos a analizar de forma pormenorizada.

1. Modificación del Código Penal

Las principales novedades que presenta la legislación española que ha implementado el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)¹ respecto del proyecto,² comentado en el informe sobre España elaborado hace un año,³ consisten en la incorporación durante la fase legislativa, en el trámite de discusión del Senado, de algunas figuras de crímenes de guerra, que el prelegislador había olvidado completar en el proyecto, tal y como se mencionaba en el anterior informe. Sin embargo, las figuras añadidas no son todas las que proponía

¹ BOE, nº 283, de 26 de noviembre de 2003.

² Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, nº 145-1, de 5 de mayo de 2003).

³ Véase Gil Gil, “Informe sobre España”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, KAS – Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, pp. 335 y ss.

el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario,⁴ pues de todas las incluidas en dicha propuesta solo se han incorporado a los crímenes de guerra ya existentes en nuestro Código Penal las novedades siguientes.

Se añade el personal de Naciones Unidas y personal asociado como personas protegidas en el artículo 608; se modifica el artículo 610 (se incorpora el crimen de no dar cuartel); se introducen dos nuevos párrafos, 4º y 5º, en el artículo 611, que añaden la utilización de escudos humanos y el traslado o asentamiento indirecto de población ocupante; se modifican los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 612, que incorporan la mención expresa de la violación de hospitales, material e instalaciones sanitarias, campos de prisioneros y la violencia sobre el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional. Se modifica el artículo 613 para proteger, junto a los bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, los bienes culturales bajo protección reforzada.

Se olvida nuevamente, en cambio, de recoger expresamente la comisión de delitos contra la libertad sexual en personas protegidas, que deberán ser reconducidos a los delitos comunes, tal y como ocurre con todos los delitos de resultado como el homicidio o las lesiones de una persona protegida, el obstaculizar los suministros de socorro, que quizás no en todos los casos sean subsumibles en el artículo 612.3º (no procurar el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria), atacar las instalaciones y material de las misiones de paz o humanitarias, que deberá ser reconducido al 613 *e* (destrucción, daño o apoderamiento de cosas ajenas) o al 614 (cláusula residual), el declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles los derechos y acciones de un nacional de la parte adversa y el reclutar, alistar obligatoriamente o utilizar a menores, con lo que subsiste el problema, no de impunidad de estas conductas, ya que son reconducibles a la cláusula residual que recoge todos estos delitos del artículo 614, pero sí de una posible falta de adecuación entre la pena prevista en este artículo (prisión de seis meses a dos años) y las conductas concretas que pueden resultar subsumibles en él, además de la crítica que merece la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco por la merma a la seguridad jurídica y al efecto motivador de la amenaza penal que ella supone.⁵

No se han modificado las penas previstas para los crímenes de guerra cometidos en el marco de una acción masiva o sistemática, para equipararlos a las de los crímenes contra la humanidad,⁶ ni se ha corregido la deficiente técnica de remisión a los

⁴ CEDIH, "Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, pp. 87 y ss.

⁵ Véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pp. 103-104.

⁶ Sobre lo erróneo de esta discordancia véase Gil Gil, "Informe sobre España", o. cit., pp. 353-354.

delitos de resultado,⁷ con lo que subsisten los problemas de incoherencia que planteaba el proyecto.

También se mantiene la defectuosa redacción acerca del crimen contra la humanidad, que deja fuera supuestos calificados por la jurisprudencia internacional como crímenes contra la humanidad y que ya fue comentada en el informe anterior.⁸

No se ha modificado el Código Penal Militar para adecuarlo al Estatuto de Roma y a la nueva regulación de los crímenes de guerra del Código Penal común, ni se ha procedido a una modificación de la ley orgánica del Poder Judicial para incluir a los crímenes contra la humanidad bajo el principio de justicia universal como reclamaba la doctrina. Muy al contrario, este principio ha sido gravemente limitado por la jurisprudencia y por la Ley de Cooperación con la Corte.

2. Aprobación de la ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional

Tal y como nos recuerda la exposición de motivos de esta ley:

En virtud de la autorización concedida por la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el 1 de julio de 2002.

La estructura de esta ley, comparable a la que se siguió en la ley orgánica 15/1994, de 1º de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, y en la ley orgánica 4/1 998, de 1º de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda, parte del presupuesto del carácter autoejecutivo de numerosos preceptos del Estatuto por lo que “la ley sólo regula aquellos aspectos orgánicos, procesales y procedimentales que permitan la aplicación concreta del Estatuto, evitando reproducir preceptos de éste que serían redundantes”.

En el ámbito de las fuentes, se contemplan lógicamente, además del propio Estatuto y de esta ley, las demás leyes españolas aplicables, en lo que no esté regulado expresamente por ella. Además, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos que puedan celebrarse entre España y la Corte, así como, en aquello que sea pertinente, las reglas de procedimiento y prueba de la Corte, que habrán de ser objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Uno de los aspectos más importantes y polémicos de esta ley es el de la reserva en exclusiva al gobierno, de la competencia para activar la competencia de la Corte. Así, la propia exposición de motivos declara:

⁷ Ibidem, p. 353.

⁸ Ibidem, p. 348.

La ley regula con particular cuidado el llamado “mecanismo de activación”, a través de la denuncia por España de una situación que podría ser de la competencia de la Corte, configurándose como una competencia exclusiva del Gobierno en razón a las diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior.

De esta manera, el artículo 7, titulado “De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte”, establece:

1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo *a*, y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a del Estatuto.

Resulta en mi opinión criticable la asunción por el gobierno de la competencia para interponer la denuncia ante la Corte, pues el ejercicio de la acción penal corresponde en nuestro país a los ciudadanos o al fiscal, por lo que debería haberse otorgado algún papel en esta materia al Ministerio Fiscal o a los tribunales previa denuncia o querrela de los ciudadanos. La decisión se argumenta en la intervención de diversas variables de política exterior. Puede admitirse, en mi opinión, que el gobierno o el Ministerio de Asuntos Exteriores sea el órgano competente para actuar en nombre de España en el ejercicio de sus competencias como Estado parte, pero es de lamentar, en mi opinión, por ser contrario a los principios que inspiran nuestro sistema judicial y nuestro derecho procesal, que el gobierno o el Ministerio de Exteriores no se vean vinculados por el principio de legalidad en esta actuación⁹ y puedan tomar en consideración para no denunciar variables políticas ajenas al interés de la justicia (y difícilmente compatibles con la obligación de luchar contra la impunidad, asumida al formar parte del Estatuto de Roma), pues si asumen el papel que en la legislación interna correspondería al fiscal como representante del Estado español, deberían de regirse por los mismos criterios que inspiran la actuación del fiscal en nuestro país y tener la obligación de denunciar cuando tuvieran noticia de un crimen de competencia de la Corte.¹⁰ En mi opinión debería haberse articulado un sistema que impidiera que los órganos políticos actuaran a su libre arbitrio en esta materia, cuando además han monopolizado el ejercicio de esta competencia, haciendo que la previa decisión del Ministerio Fiscal o de un órgano judicial obligara al gobierno a actuar en representación del Estado.

Esta regulación por la que el gobierno asume la competencia sobre lo que materialmente le correspondería al Ministerio Fiscal y al Poder Judicial, que podría sin embargo todavía defenderse con la excusa de la fuente internacional de las obligacio-

⁹ Sobre la obligación del fiscal de perseguir ante la noticia de un crimen en el sistema español, véase Gil Gil, “Informe sobre España”, o. cit., pp. 364-365.

¹⁰ Véase el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

nes y de la innegable creación de relaciones entre el Estado español y una organización internacional como es la Corte, no es, sin embargo, el aspecto más criticable de la ley, aunque contribuye a agravarlo.

El aspecto más polémico de esta ley radica en la limitación que introduce a la posibilidad de actuación de los jueces y fiscales españoles bajo el principio de jurisdicción universal recogido en el artículo 24 de la ley orgánica del Poder Judicial,¹¹ yendo en algunos aspectos todavía más lejos que la interpretación *contra legem* de este principio hecha por el Tribunal Supremo en su sentencia en el caso *Guatemala*¹² y que ya ha creado jurisprudencia.¹³

El artículo 7.2 de la Ley de Cooperación dispone:

Quando se presentare una denuncia o querella 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.

Esta limitación de la capacidad de actuación que las leyes españolas otorgan a los jueces y fiscales ya no puede ampararse en el pretendido compromiso de las relaciones internacionales entre el Estado español y una organización internacional, pues se trata aquí del ejercicio de la jurisdicción interna conforme a las leyes españolas. La considerable reducción de la capacidad de actuar del Poder Judicial conforme a los principios de justicia universal y de legalidad que así se establece responde únicamente, en mi opinión, al deseo del gobierno de evitar nuevos casos Pinochet por los posibles conflictos diplomáticos que estos puedan acarrear.

En principio no parece mal que se ceda la competencia a la Corte Penal Internacional en el entendimiento de que la competencia de un órgano internacional puede

¹¹ Sobre la regulación de este principio en la legislación española véase Gil Gil, “Informe sobre España”, o. cit., pp. 354 y ss.

¹² Recordemos que la citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 exigió la conexión de los hechos enjuiciados con un interés nacional como elemento legitimador de la competencia universal en los supuestos en que dicha competencia no ha sido establecida en un tratado internacional. Sobre esta sentencia véase Gil Gil, “Informe sobre España”, o. cit., pp. 355 y ss.

¹³ En efecto, la decisión del caso *Guatemala*, a pesar de contar con el voto en contra de un amplio número de magistrados, ha sido acogida en sentencias posteriores, como por ej. el caso *Gral. B-Chile* —sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004—. En cambio, en el caso *Perú* —sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003 (ponente Conde-Pumpido)—, el fundamento del Tribunal Supremo para no aplicar el principio de jurisdicción universal había sido distinto. El Tribunal argumentó que “el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querellados”.

ser preferible a la nacional bajo el principio de justicia universal, para evitar tensiones, conflictos y presiones políticas, pero por otro lado tenemos que pensar que la Corte actúa con unos medios personales y materiales muy limitados y que por ello el principio de complementariedad está pensado no solo para proteger la soberanía de los Estados cuando estos reclaman la competencia por los principios de territorialidad o personalidad, sino también como mecanismo de colaboración en la tarea de impartir justicia ante la mencionada limitación de las posibilidades, no solo legales, sino prácticas, de actuación de la Corte.

Además, si unimos esta “cesión de competencia” al monopolio político de la interposición de la demanda, impidiendo al juez o fiscal que ha entendido que el supuesto puede ser competencia de la Corte dirigirse a ésta, y si además el gobierno no está tampoco obligado en tales casos a presentar la demanda, entiendo que se está eliminando el principio de legalidad que inspiraba hasta ahora nuestro sistema procesal. Si a ello unimos que el gobierno se atribuye expresamente la posibilidad de tener en cuenta consideraciones políticas para no denunciar entiendo que infringe sus obligaciones de lucha contra la impunidad de estos delitos como Estado parte en el Estatuto de Roma. El compromiso adquirido por España al firmar y ratificar el Estatuto de luchar contra la impunidad de los crímenes en él contenidos y de cooperar con la Corte Penal Internacional exigiría, en mi opinión, que la prohibición a los jueces y tribunales españoles de conocer de los delitos que pudieran ser competencia de la Corte fuera acompañada en esos supuestos de inhibición de nuestros tribunales de la obligación del gobierno (puesto que se ha reservado tal facultad) de interponer la demanda correspondiente ante la Corte. Resulta evidentemente contradictorio con el compromiso de luchar contra el delito impedir que los jueces nacionales actúen y no activar tampoco en tales casos la competencia de la Corte.

Resulta además llamativo el hecho de que el legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal en los que se vean afectados víctimas o intereses españoles, pues aunque nuestro ordenamiento no contempla el principio de personalidad pasiva, la lamentable decisión del Tribunal Supremo en el caso *Guatemala*, aunque limitó *contra legem* el principio de justicia universal, al menos dejó a salvo para nuestros tribunales esos casos. Ahora, por el juego de la Ley de Cooperación y esta jurisprudencia, el principio de justicia universal se ve sumamente limitado. Por un lado tenemos que si por la naturaleza del delito son competentes los tribunales españoles bajo el principio de justicia universal, no pueden sin embargo actuar, según el Tribunal Supremo (excepto en supuestos de crímenes de guerra, pues las Convenciones de Ginebra son las únicas que imponen el principio de justicia universal), salvo que haya víctimas españolas, pero ahora, según la Ley de Cooperación, aunque haya víctimas españolas tampoco podrán actuar si pudiera ser competente sobre el caso la Corte.

Por supuesto, hay que interpretar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia el que determinará en un primer momento si la Corte es o no

competente para juzgar los hechos y para ello tendrá en cuenta no solo la naturaleza del delito denunciado sino también los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito.¹⁴

El precepto fue tan criticado por la doctrina, las asociaciones de jueces y fiscales y las ONG, cuando se dio a conocer el proyecto, que el prelegislador se vio obligado a introducir un nuevo párrafo:

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querella o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes.

Sin embargo, este párrafo no soluciona ni el incumplimiento de los deberes de España como Estado parte, ni la vulneración del principio de legalidad, sino que pretende dar una salida a la víctima ante la eventualidad de que la Corte no admita el asunto. La solución a este problema, no obstante, tampoco es convincente, pues no se establece un plazo de espera para entender que el Fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.¹⁵ En mi opinión, dado el amplio volumen de informaciones que ha recibido el Fiscal hasta el momento, no debería exigirse a la víctima la respuesta expresa a la que hace referencia el punto 6 del artículo 15 del Estatuto para permitirle volver a la jurisdicción nacional sino que si, dado un plazo razonable, el Fiscal no ha procedido siquiera a realizar el examen preliminar destinado a analizar la veracidad de la información a la que se refiere este artículo, debería entenderse que los tribunales nacionales recuperan automáticamente la competencia en el entendimiento de que se cumple el requisito establecido en el artículo 7.3 de la Ley de Cooperación, de que el Fiscal no ha acordado la apertura de la investigación.

En todo caso opino que hubiera sido preferible seguir el modelo alemán,¹⁶ cediendo la capacidad de iniciar un procedimiento por el principio de justicia universal a la decisión libre e independiente de los fiscales (o de los jueces, en el caso de denuncias de las víctimas) reservando en todo caso para los tribunales españoles los supuestos de víctimas o intereses españoles y cediendo la competencia a la Corte

¹⁴ La Corte no es competente si el delito se cometió antes de la entrada en vigor del Estatuto, ni tampoco si el Estado en cuyo territorio se cometió y aquél cuyo nacional lo cometió no son parte en el Estatuto ni dan su consentimiento.

¹⁵ El art. 15 del Estatuto y la regla 104 de procedimiento y prueba establecen que el Fiscal analizará la veracidad de las informaciones recibidas antes de abrir una investigación, para lo cual podrá recabar más información de Estados y organizaciones. Si tras este examen preliminar entiende que no hay fundamento para una investigación informará de ello a quienes hubieran presentado la información. No se establece ningún plazo para iniciar ese examen preliminar ni tampoco está muy claro, en mi opinión, que deba hacerse en todos los casos, si ello es posible, dada la avalancha de informaciones recibidas en la oficina del Fiscal. Véase sobre este mecanismo formal de activación, Gómez Colomer, *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Valencia, 2003, pp. 124 y ss.

¹⁶ Véase la ley alemana de Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002, art. 3.5.

solo cuando esta ya ha iniciado el procedimiento, incluyendo si se quiere, como manifestación del principio de oportunidad —pero con motivos tasados y sujetos a control—, una posibilidad de renuncia a la persecución a decisión del fiscal o del órgano judicial —y no del gobierno— y que responda, como en la legislación alemana, realmente a razones de economía procesal —cuando se vea claro que no va a ser posible conseguir la presencia del acusado—, y no a razones políticas desvinculadas totalmente del interés de la justicia.

También se regula en la ley la entrega a la Corte de una persona reclamada por esta, lo que resulta imprescindible, pues el Estatuto no permite dictar sentencias en rebeldía. La exposición de motivos nos recuerda que los preceptos del Estatuto y de las reglas de procedimiento y prueba son muy minuciosos y concordantes con el derecho interno español, por lo que esta ley solo introduce los adecuados complementos, como por ejemplo, 1) la obligatoriedad de decretar la prisión provisional, como criterio general, con la excepción de la libertad provisional, aunque no se establece un automatismo riguroso que elimine por completo la facultad de apreciación por el juez interno, sino solamente que examine y valore las recomendaciones de la Corte, tal y como establece el artículo 59.4 del Estatuto, y 2) la limitación de los motivos de denegación de la solicitud, apartándose en esto de los modelos clásicos en materia de extradición, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, pueda efectuar la Corte.

Junto al núcleo básico de la cooperación, constituido por la entrega a la Corte, la ley regula también diversos aspectos del auxilio judicial internacional, aunque teniendo en cuenta la precisión del Estatuto en la regulación de una variada tipología de comisiones rogatorias y otras formas de cooperación, ha parecido suficiente prever en la norma interna española mínimos complementos procesales.

La ejecución de las sentencias de la Corte, tanto en relación a las penas principales como a las consecuencias accesorias y la reparación a las víctimas, es también objeto de regulación; de acuerdo con la misma técnica legislativa, se introducen desarrollos normativos mínimos y les son aplicables las normas generales y eventuales acuerdos con la Corte.

A este respecto nos recuerda la exposición de motivo:

En lo que concierne a las penas privativas de libertad, España ha formulado al ratificar el Estatuto una declaración expresando la disposición a recibir en España personas condenadas por la Corte, para cumplimiento de la condena, bajo determinados límites temporales, de acuerdo con la habilitación concedida por la disposición adicional única de la ley orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Sin embargo, esta aparente preocupación del legislador español por cumplir con el mandato de resocialización del artículo 25 de la Constitución española resulta bastante sorprendente tras las últimas reformas del Código Penal español impulsadas por el gobierno de Aznar, que han elevado el límite máximo de la pena de prisión a 40 años y endurecido las condiciones de acceso a la libertad condicional para determi-

nados supuestos —entre ellos los delitos más graves de la criminalidad organizada, en los que se encontrarán generalmente los supuestos de crímenes de competencia de la Corte—, haciendo que algunos condenados lleguen a poder cumplir hasta 35 años de prisión efectiva sin acceso a la libertad condicional, lo que es considerado por una gran parte de la doctrina penalista una pena inhumana y que impide la resocialización. Con ello llegamos a la paradoja de que nuestro legislador renuncia al cumplimiento de una pena de prisión perpetua que no tiene por qué ser inconstitucional si en su ejecución se garantiza la posibilidad de resocialización, como ocurre en algunos países del ámbito europeo en los que se establece una revisión con posibilidad de excarcelación a los 15 años y, en cambio, no encuentra problema en mantener privado de libertad a un condenado, sin ningún beneficio penitenciario durante, 35 años. La aparente preocupación del legislador por respetar el mandato constitucional de perseguir la resocialización del penado y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes se queda en un mero formalismo.

En el plano orgánico, la exposición de motivos dice que se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional para la cooperación pasiva concerniente a la entrega a la Corte, y que son competentes los restantes órganos judiciales, sea para la cooperación activa, sea para ciertos aspectos de la pasiva, como son las comisiones rogatorias, actos de notificación y otras formas de cooperación. En el orden político y administrativo, el Ministerio de Justicia es el órgano de relación con la Corte, sin perjuicio de tener que contar con el criterio del Ministerio de Asuntos Exteriores en los asuntos de su competencia. En realidad, la llamada “competencia en el plano orgánico” se ve siempre subordinada y por lo tanto limitada por la “competencia en el orden político y administrativo”.

Otro ejemplo de esta subordinación y limitación de la capacidad de actuación independiente de los tribunales es que incluso en los casos de conflicto de competencia con la Corte —que se van a limitar, dado lo previsto en el artículo 7, a los casos en que el autor sea español o los hechos se hayan cometido en España—, el gobierno no se obliga a mantener la competencia preferente de los tribunales españoles frente al Fiscal de la Corte, pues aunque la exposición de motivos dice lo contrario, lo cierto es que el texto del artículo 8 parece dar opción al Consejo de Ministros para que resuelva si sostiene o no la competencia de las autoridades españolas y si pide o no la inhibición al Fiscal de la Corte y, en todo caso, el gobierno no se obliga a recurrir las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares de mantener la competencia de la Corte, aun cuando el tribunal español competente quisiera seguir manteniendo su competencia.

Si embargo, si bien el gobierno aparece en todos aquellos trámites que supongan la iniciación o prosecución del procedimiento excluyendo la competencia de los jueces y fiscales, en cambio, una vez en marcha el procedimiento desaparece de la escena y así se establece que:

La competencia para la entrega se residencia en el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, con un recurso de apelación ante la Sala de lo Penal, con motivos

tasados, tal y como está previsto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el procedimiento abreviado. A diferencia del modelo que inspira la Ley de Extradición Pasiva de 1985, la intervención del Poder Ejecutivo es reducida, judicializándose todo el sistema y eliminándose las llamadas fases gubernativas, y dentro de esta fase judicial ahora única, se reducen los motivos de oposición a la solicitud de entrega.

3. Conclusiones

Se puede afirmar que la reforma del Código Penal en esta materia se ha realizado quizás de una forma apresurada, sin tener en cuenta opiniones expertas que hubieran evitado los defectos que presenta la nueva regulación, y con una técnica legislativa deficiente.

En cuanto a la Ley de Cooperación con la Corte, se puede afirmar que se trata de una ley fruto de la experiencia del gobierno en el caso *Pinochet* y que se caracteriza por los siguientes rasgos rechazables:

- Asunción por el Poder Ejecutivo de tareas que por la materia corresponden al Poder Judicial y excesivo control gubernamental de lo que es una función judicial.
- Inversión del sistema de primacía de jurisdicciones establecido en el Estatuto y renuncia, en gran medida, al principio de complementariedad.
- Limitación excesiva del principio de justicia universal, incluso más allá de la establecida por el Tribunal Supremo en el caso *Guatemala*, con desatención incluso de los supuestos de víctimas españolas e intereses españoles.
- Abandono del principio de legalidad imperante hasta ahora en nuestro sistema sin excepciones en la persecución de estos delitos, para adoptar el principio de oportunidad, con referencia expresa a consideraciones de política exterior no definidas en la ley ni controlables.
- Ausencia de compromiso por parte de España para el cumplimiento de sus obligaciones de lucha contra la impunidad, como Estado parte en el Estatuto.

ITALIA / Ezequiel Malarino y Emanuela Fronza

Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma *

1. Introducción.

La cuestión del plurilingüismo en derecho penal internacional

La creación de un texto jurídico entre múltiples partes provenientes de diversos ámbitos lingüísticos presupone el acuerdo previo respecto de la o las lenguas en que este será redactado y servirá de fuente a sus destinatarios. En la Conferencia de Roma, los representantes de los Estados intervinientes se han puesto de acuerdo en elegir a los idiomas de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) como lenguas oficiales del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI). En este sentido, el artículo 50 del ECPI dispone que las lenguas oficiales son el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso y, por su parte, el artículo 128 del ECPI asigna a todos estos textos la misma autenticidad.¹ La decisión de una redacción multilingüe de un texto, precisamente en casos como este, en donde se trata de la

* Este trabajo está basado en el estudio realizado por los autores en la investigación “Les sources du droit international pénal: l’expérience des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc”, Société de Législation Comparée, financiado por la Mission de recherche Droit et Justice, Francia. Los autores agradecen a Alicia Gil Gil (UNED) por sus valiosas consideraciones críticas.

¹ “Son igualmente auténticos”, “font également foi”, “are equally authentic”. Asimismo, las lenguas oficiales de las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante, RPP) son las mismas del ECPI (cf. regla 2, primera oración), y todos estos textos tienen también la misma autenticidad (regla 2, segunda oración).

creación del estatuto jurídico destinado a regular una administración de justicia penal mundial de carácter permanente para los hechos que constituyen la expresión más fuerte del derecho penal nuclear,² está ordenada por razones de representatividad y de consenso. La redacción al menos en las seis lenguas de la ONU (frente a la imposibilidad de un Estatuto con versiones oficiales en todas las lenguas de los Estados parte) ayudaría a que el Estatuto sea visto como un derecho expresivo de valores compartidos, como una especie de *derecho común* mínimo de la comunidad de los Estados.³ Esta decisión trae consigo, sin embargo, como contrapartida una serie de delicadas cuestiones relativas a la interpretación de este tipo de texto complejo. La importancia de este tipo de problemas se pone especialmente de manifiesto frente al hecho de que nunca se podrá excluir la posibilidad de que existan divergencias entre las versiones. Además, en el caso del ECPI, como enseguida se advertirá, estas asumen una trascendencia particular ya que pueden derivar en divergencias en cuanto al campo de la punibilidad.

La existencia de diferencias en textos redactados en más de una lengua no es sin embargo un fenómeno nuevo.⁴ En el campo del derecho penal internacional, estas ya se presentaron por ejemplo en la experiencia de los tribunales ad hoc. Al respecto, se debe mencionar en primer lugar el problema discutido por el TPIR en el caso *Akayesu*,⁵ aquí se trataba de saber si había una divergencia entre los términos *killing* y *meurtre* previstos como acto de genocidio por el artículo 2, apartado 1 a, del Estatuto

² Cf. los arts. 5-8 del ECPI, que limitan la competencia *ratione materiae* de la CPI a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra. Sobre la distinción entre los así llamados *core crimes* (que son de la jurisprudencia de la CPI) y los *treaty crimes*, cf. N. Boister, "Transnational Criminal Law?", en *European Journal of International Law*, n° 5, 2003, pp. 953 y ss.

³ Con el término "comunidad de los Estados" no se hace referencia a una comunidad de los Estados en general, sino a aquella formada por los Estados parte del ECPI. El preámbulo del ECPI expresa "Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común [...]"; "Decididos a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". Cf. al respecto las contribuciones contenidas en la segunda parte relativas a "valeurs communes de l'humanité", en A. Cassese, M. Delmas Marty, (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, 2002, pp. 59-95. En cuanto al multilingüismo en el derecho comunitario como elemento característico de la integración, cf. D. Ordóñez Solís, "Cuestiones lingüísticas y normativas del derecho comunitario europeo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 4, 1998, p. 593.

⁴ Ya la *Ordonnance criminelle* de 1254 contenía divergencias respecto de la regulación de la utilización de la tortura entre su versión en francés, para los países de *langue d'oïl*, y en latín, para la región de Languedoc (cf. J. Chiffolleau, *Sur la pratique et la conjoncture de l'aveu judiciaire en France du XIII au XV siècle en L'aveu. Antiquité et moyen-âge*. Actes de la table ronde organisée para l'École française de Rome avec le concours du CNRS et de l'Université de Trieste, Roma, 1986, pp. 359-360).

⁵ Cf. TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Chambre de Première Instance, 2 de setiembre de 1998, § 501.

del TPIY en las respectivas versiones inglesa y francesa (de idéntica redacción en las respectivas versiones del artículo 6, apartado 1 *a*, del ECPI). La Sala de Primera Instancia ha considerado que

la noción de “*kill*ing”, del inglés, parece demasiado general [...], ya que bien podría comprender también los homicidios intencionales como los homicidios no intencionales, mientras que “*meurtre*”, contenida en la versión francesa, es más preciso. Se reconoce que el *meurtre* está realizado desde el momento en que se ha causado la muerte intencionalmente, tal como lo prevé, por otra parte, el Código Penal ruandés, que dispone en su artículo 311 que “el homicidio cometido con la intención de causar la muerte es calificado *meurtre*”.⁶

También en el proceso *Kayishema/Ruzindana* el TPIR tuvo que resolver un problema de significado entre las versiones inglesa y francesa; en este caso entre los términos *murder* y *assassinat* previstos en el artículo 3.a del Estatuto del TPIR. El problema se refería la intensidad del elemento subjetivo requerido por estos conceptos: mientras que *assassinat* requeriría siempre la premeditación, el término *murder* podría requerirla o no. En este sentido, el TPIR consideró que el término inglés *murder* podría expresar tanto el concepto francés de *meurtre* como el de *assassinat* (esto es, una *meurtre* cualificada por la *préméditation*). A fin de cuentas, el tribunal — basándose en el principio *in dubio pro reo*— fue de la opinión que el término *murder* debía interpretarse a la luz del concepto francés de *assassinat*, exigiéndose por tanto la premeditación.⁷

Finalmente se puede mencionar el problema presentado frente a la Sala de Primera Instancia en el proceso *Delalic et al.*⁸ concerniente a la responsabilidad del superior; aquí se trató de saber si las fórmulas inglesa y francesa del artículo 86, apartado 2, del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra de 1949, en la parte en donde exigían, respectivamente, “*information which should have enabled them to conclude*” y “*des informations leur permettant de conclure*” tenían la misma significación. En este caso, sin embargo, le TPIY ha negado la existencia de una divergencia de contenido, afirmando “que ella no era una [divergencia] de sustancia”.⁹

Estos ejemplos muestran claramente en qué medida los problemas de imprecisión del derecho aplicable derivados del plurilingüismo, lejos de ser puramente teóricos, han asumido relevancia práctica y han obligado a los tribunales a confrontarse en varias ocasiones con este tipo de cuestiones.

⁶ En el mismo sentido, TPIR, *Le Procureur c. Rutaganda*, Chambre de Première Instance, 6 de diciembre de 1999, § 50; TPIR, *Le Procureur c. Bagilishema*, Chambre de Première Instance, 7 de junio de 2001, § 57; TPIY, *Le Procureur c. Krstic*, Chambre de Première Instance, 2 de agosto de 2001, nota 1119.

⁷ Cf. TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, o. cit., §§ 136-140.

⁸ TPIY, *Le Procureur c. Delalic et al.*, Chambre de Première Instance, 16 de noviembre de 1998, § 392.

⁹ Cf. ibidem § 392; en inglés: “*it was expressly declared by delegates that the difference was not to be considered one of substance*”; en francés: “*qu’elle ne touchait pas au fond*”.

En cuanto al Estatuto de Roma, ya durante la fase de redacción se ha tenido en cuenta —como no podía ser de otra manera— la naturaleza plurilingüista del texto, en un intento por evitar posibles problemas futuros.¹⁰ En este sentido se podrían señalar diversos ejemplos. Nos limitaremos, sin embargo, a solo dos de ellos, relativos al derecho penal sustancial, que evidencian con claridad los riesgos de posibles divergencias entre las versiones y la importancia de una discusión acabada en este sentido en la formación de la norma. Por un lado, en la elección del título correspondiente al artículo 31 del ECPI fue dejado de lado conscientemente el concepto “*defences*”, con el fin de evitar las asociaciones que en el ámbito del *common law* se ligan a este concepto y que no serían del todo claras para los representantes del *civil law*. En su lugar se prefirió el título neutral de “*grounds excluding criminal responsibility*” (“circunstancias eximentes de la responsabilidad penal”).¹¹ Por otro lado, en la versión final del artículo 30, apartado 1, de la versión inglesa, el comité de redacción ha reemplazado la expresión originaria “*physical elements*” por la de “*material elements*”, por estimar que aquella podía crear dificultades en las otras versiones del ECPI.¹²

A pesar de estos esfuerzos, ya una mera lectura de las diversas versiones del ECPI muestra que existen divergencias terminológicas susceptibles de entrañar una interpretación diferente en cuanto al contenido. El objetivo de este trabajo consiste justamente en poner en evidencia esta circunstancia y reflexionar sobre los criterios para resolver tales conflictos interpretativos.¹³ El punto de partida normativo en cuanto

¹⁰ Sobre el comité de redacción instituido durante la Conferencia de Roma, presidido por Cherif Bassiouni y compuesto por diferentes grupos lingüísticos, cf. M. C. Bassiouni, “Symposium: Negotiating of Rome on the Establishment of an International Criminal Court”, en *Cornell International Law Journal*, 1999, pp. 451-452; Wexler, en “Panel discussion: Association of American Law Schools Panel on the International Criminal Court”, *American Criminal Law Review*, 1999, pp. 243-244, quienes dan cuenta de la complejidad de la redacción simultánea de un texto penal plurilingüe.

¹¹ Cf. en este sentido, K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, p. 825; K. Ambos, “General Principles of Criminal Law in the Rome Statute”, en *Criminal Law Forum*, 10, 1999, p. 2; K. Kress, “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, en *IYHR*, 30, p. 146; P. Saland, “International criminal law principles”, en Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, La Haya y otras, 1999, p. 207. En relación con las normas procesal-penales, cf. K. Kress, “The Procedural Law of the International Criminal Court”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n° 3, 2003, p. 605, quien, subrayando la naturaleza de compromiso de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sostiene que “Technical terms, such indictment, *juge d’instruction* (investigating judge) or cross examination have been replaced by neutral terms – not always the most elegant ones – to avoid a language carrying too much baggage from one particular legal family”.

¹² Cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 762.

¹³ Sobre los problemas de interpretación en los sistemas plurilingües (nacionales e internacionales) véase el estudio de derecho comparado de R. Sacco, (dir.), *L’interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d’une langue*, Harmattan, París, 2002, y especialmente los interesantes trabajos de C. Kuner, “The interpretation of multilingual treaties: comparison of texts versus the presumption of similar meaning”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 953-964 y

a la regulación de la naturaleza plurilingüística del texto está constituido únicamente por los artículos 50 y 128 del ECPI. Fuera de estos, ningún otro brinda información acerca del valor normativo e interpretativo de las versiones, ni acerca de posibles criterios de interpretación a este respecto. Especialmente, el ECPI no contiene una cláusula que asigne prioridad para la solución de conflictos de interpretación a una de las versiones oficiales. De la omisión de regular una cláusula en tal sentido, junto a la regulación positiva de los artículos 50 y 128 del ECPI, se desprende que el ECPI ha prescindido de cualquier tipo de diferenciación o rango entre las versiones. Esta situación jurídica permite afirmar que en el sistema del ECPI *todos* los textos oficiales tienen la misma fuerza interpretativa.¹⁴ Sin embargo, esta afirmación no representa más que un punto de partida necesitado aún de consideraciones ulteriores. En

Germer, "Interpretation of Plurilingual Treaties: a study of article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", en *Harvard International Law Journal*, 1970, p. 400. Cf. también J. Hardy, "The Interpretation of Plurilingual Treaties by International Courts and Tribunals", en *British Yearbook of International Law*, 1961, pp. 72 y ss.; M. Hilf, *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge*, 1973; M. Tabory, *Multilingualism in International Law and Institutions*, Sijthoff, Alphen, 1980; S. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, 1986, pp. 230-231. Sobre las ventajas y desventajas de los tratados redactados en más de una lengua, cf. D. Shelton, *Reconcilable differences? The interpretation of multilingual treaties*, 20 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 611, 1997, pp. 611-612. Sobre la interpretación en caso de divergencias lingüísticas en el Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) y en general sobre el plurilingüismo en la Unión Europea, cf. g. Van Calster, "The EU's Tower of Babel – The interpretation by the European Court of Justice of Equally Authentic Texts drafted in more than one official language", en *Yearbook of European Law*, 1997, vol. 17, pp. 373-389; R. Huntington, "European Unity and the Tower of Babel", en *Boston University Law Journal*, 1991, pp. 321 y ss.; A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 515 y ss.; B. Kreße, *Die Auslegung mehrsprachiger Texte durch den EuGH*, Europa = La construction européenne, 2003, pp. 157-171; M. Reinhardt, "Europäische Rechtssprache", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 56, Jahrg., n° 48, 2003, p. 3449; H. Schulte-Nölke, *Elf Amtssprachen, ein Recht?: Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien*, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1999; D. Ordóñez Solís, o. cit., pp. 593-618; L. N. Brown, "The European Community; Some Problems of Interpretation and Drafting of Plurilingual Law; (With a Commentary by Wallace Schwab)", en *Les problèmes juridiques de l'intégration économique / Legal Aspects of Free Trade and Economic Integration*, 1987, pp. 286-311; M. Marletta, "L'interpretazione dei trattati plurilingue nella prassi delle comunità europee", en *Rivista di diritto europeo*, 1985, n° 4, pp. 224-262; Lipstein, "Some Practical Comparative Law: The Interpretation of Multi-Lingual Treaties With Special Regard to the EEC Treaties", en *48 Tulane Law Review*, 1974, p. 907. Véase también la sentencia *Cilfit* del 6 de octubre de 1982, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, § 18, en donde se afirma que habida cuenta del plurilingüismo que caracteriza las fuentes del derecho comunitario es necesario en su interpretación comparar todas las versiones.

¹⁴ Esta conclusión está en línea con la Convención de Viena, la cual en su art. 33.1 dispone: "Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos". Debe señalarse que el ECPI no ha optado por la posibilidad prevista en la segunda parte de esta frase.

principio, ni él mismo está fuera de discusión en las reflexiones de derecho penal internacional.¹⁵ Más allá de ello, y aun en el caso en que se esté de acuerdo con la paridad interpretativa de las diversas versiones, se presenta todavía la cuestión de la oportunidad de la comparación: esto es, si la redacción de un texto en diferentes versiones oficiales y auténticas exige *siempre* recurrir a todas ellas al aplicarlo a un caso concreto o si, por el contrario, de frente a la presunción de autenticidad de todas las versiones (artículo 128 del ECPI y, en general, artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) solo existiría esta obligación en los casos en los cuales una divergencia haya sido alegada o, de cualquier otro modo, haya sido puesta en evidencia.¹⁶ Sea cual fuere la respuesta de este interrogante, en el caso de que se esté frente a divergencias concretas entre las versiones se plantea la cuestión sucesiva de *a qué* criterios se ha de recurrir para solucionarlas. Al respecto, la falta de previsiones específicas en el ECPI obliga a recurrir a los criterios generales para la interpretación de tratados redactados en más de una lengua, de la Convención de Viena.¹⁷ Todas estas consideraciones nos llevarán a preguntarnos finalmente sobre la factibilidad de una interpretación que parta de un texto plurilingüe y que por tanto eleve a la comparación como método de identificación de la norma aplicable y, más en general, sobre si es realmente posible la construcción de una norma en un texto plurilingüe complejo.¹⁸

Antes de analizar estos puntos, y de mostrar en qué estado se encuentra la discusión al respecto en derecho penal internacional,¹⁹ es necesario sin embargo advertir previamente acerca de las características especiales que pueden revestir los problemas de divergencias lingüísticas en el caso del ECPI. A esto se dedicarán las breves consideraciones del punto siguiente.

2. Consideración preliminar. Problemas de divergencias lingüísticas en el ECPI y riesgo de indeterminación de la norma penal

En todo texto bilingüe o plurilingüe el riesgo de que existan divergencias entre las diferentes versiones no puede descartarse. Incluso ha sido calificado —con razón— de inevitable.²⁰ Este riesgo será mayor, a su vez, cuanto mayor sea la cantidad de textos auténticos y cuanto más alejadas estén las lenguas oficiales entre sí. En este sentido, el ECPI no cuenta con una situación de partida favorable: seis versiones oficiales, cuyas lenguas provienen de varias familias lingüísticas. Tampoco es alenta-

¹⁵ Cf. en este sentido el punto de vista de K. Ambos, *infra*, § 4.

¹⁶ Véase *infra*, § 3.

¹⁷ Para la utilización de algunos de estos criterios, véase *infra*, § 5.

¹⁸ Solo una breve aproximación *infra*, § 7.

¹⁹ Véase *infra*, § 4.

²⁰ Así, entre otros, cf. M. Hilf, o. cit., p. 32; C. Kuner, o. cit., p. 958; J. Hardy, o. cit., p. 82, G. Van Calster, o. cit., p. 369.

dor en miras de una interpretación homogénea el hecho de que, por su esencia de tribunal supranacional en el ámbito mundial, el círculo de posibles intérpretes esté caracterizado por la diversidad de contexto jurídico cultural. Esto puede crear el *riesgo* de que cada uno oriente su interpretación —consciente o inconscientemente— según las categorías jurídico-culturales de donde proviene, en las que está inmerso,²¹ que mejor conoce o que incluso posiblemente considera mejores.²² En este sentido, la realización del anhelo de un cuerpo jurídico unificado entre partes con derechos o incluso con sistemas jurídicos diversos es de por sí altamente dificultosa.

Pero además de estas dificultades particularmente graves, el caso del ECPI presenta una característica especial: aquí, en el caso de juzgamiento, todas las posibles interpretaciones (sea por el motivo que fueren) coincidirán en un mismo momento y frente a un mismo órgano jurisdiccional (la CPI) encargado de decidir sobre la culpabilidad o inocencia de una persona y, en su caso, sobre la pena a aplicar en concreto. En este sentido, la especialidad no reside en la naturaleza penal del tratado,²³ sino en el hecho de haber incorporado la responsabilidad penal individual.²⁴ Ello, porque las eventuales divergen-

²¹ Este fenómeno ha sido fuertemente estudiado en el ámbito de la lingüística. El concepto de “criptotipo” ha sido introducido por L. Whorf, *Language Thought and Reality*, Cambridge, 1956, pp. 75, 119, 121. Para un análisis del fenómeno en relación con el derecho comparado y los problemas de traducción jurídica, cf. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª edición, UTET, Turín, 1997, pp. 125-128; R. Sacco, “Traduzione giuridica”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, o. cit., 1990, p. 723; Sacco, R., “Crittotipo”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, UTET, Turín, 1990, p. 3. También D. Shelton, o. cit., pp. 621-622. El riesgo es que el intérprete —jurista o juez— utilice sus propias categorías dogmáticas para interpretar las normas del ECPI, aunque se esfuerce por no dejarse influenciar o por mantener neutralidad respecto del contexto jurídico-cultural de proveniencia. Ello podría traicionar el carácter de compromiso del ECPI, es decir, de texto que ha intentado, por un lado, emancipar las nociones de la significación que ellas tienen en los derechos nacionales y, por el otro, crear un “sistema nuevo” resultante de la adopción de reglas y principios provenientes de diferentes sistemas jurídicos (*common law* y continental europeo).

²² Al respecto, véanse, por un lado, las críticas que los dogmáticos alemanes profieren al sistema del *common law*, al cual se reprocha incluso su “enemistad con la teoría”, H. H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, quinta edición, Berlín, 1996, p. 195, nota 3. Cf. también H. Kötz, “Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik”, en *RebelsZ*, 1990, pp. 205 y ss.; B. Schünemann, “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en B. Schünemann, W. Bottke, H. Achenbach, B. Haffke, H. J. Rudolphi (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Múnich, 2001, p. 4. Por otro lado, sobre la utilización en sentido despectivo en el ámbito jurídico angloamericano del concepto de *legal dogmatics*, utilizando en su lugar el de *legal doctrine*, cf. H. Kötz, o. cit. p. 205. Sobre todo esto, también K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., pp. 46-47 y 54-55.

²³ Desde hace mucho tiempo existen textos plurilingües o bilingües en materia penal. Al respecto baste citar, para permanecer en el ámbito del derecho penal internacional, la Convención contra el Genocidio, la Convención para la Represión del Crimen de Apartheid o ciertas normas de los Convenios de Ginebra.

²⁴ Antes de la CPI, ya los tribunales ad hoc trabajaron con textos plurilingües y asignaron responsabilidad penal individual. También en ciertos Estados como Suiza, Bélgica y Canadá, los tribunales se deben confrontar con textos plurilingües. Sin embargo, es necesario resaltar desde ahora que la situación del ECPI es más compleja debido al *conjunto* de las especificidades: cantidad de

cias lingüísticas podrían conducir a diferencias en el campo de la punibilidad. La atribución de responsabilidad jurídico-penal a una persona requiere, sin embargo —y aun en el caso de juzgamiento de crímenes internacionales!—, del cumplimiento de determinadas reglas básicas de garantía en materia penal; en cuanto aquí interesa, básicamente, el principio de legalidad²⁵ (en su faceta de *lex certa*). En este sentido, el problema constatado en otros ámbitos del riesgo de “falta de uniformidad o de correspondencia” entre las diversas versiones de los textos plurilingües asume aquí una *dimensión especial*, particularmente pues esta se *puede* traducir en una falta de determinación de la norma penal (déficit de tipicidad),²⁶ es decir en una falta de certeza acerca de aquello que constituye un ilícito de derecho penal internacional (o si es ilícito de una forma o de otra).²⁷ Por

versiones con igual valor; diferente proveniencia de los jueces; intersección entre los sistemas de *common law* y continental europeo y en general de culturas jurídicas diversas; asignación de responsabilidad penal individual.

²⁵ En el ECPI, este principio encuentra su fundamento normativo en el art. 22. Esta norma ha sido justamente una de las grandes innovaciones y uno de los grandes avances en pos de juridizar el derecho penal internacional. Cf. en sustancia E. Malarino, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales: informe de Argentina”, en K. Ambos, E. Malarino, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003, especialmente pp. 51-61, quien califica de “primitiv[o]” a un orden penal internacional que no respete el principio de legalidad.

²⁶ En general, la exigencia de precisión ha sido resaltada por la jurisprudencia del TPIY en la sentencia de primera instancia, *Le Procureur c. Furundzija*, Chambre de Première Instance II, 10 de diciembre de 1998, § 177: “[...] pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis (principle of specificity, *Bestimmungheitsgrundsatz* (sic), exprimé par le brocard latin ‘nullum crimen sine lege stricta’), il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques”. La citación en alemán del principio de precisión es por otra parte ortográficamente incorrecta: en lugar de *Bestimmungheitsgrundsatz*, debe leerse *Bestimmtheitsgrundsatz*.

²⁷ Críticamente al respecto, A. Di Martino, “Postilla su principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale”, en M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (eds.), *Les sources du droit international pénal: l’expérience des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc*, Société de Législation Comparée, en prensa). Este autor opina que el *nullum crimen* no puede tener en el ámbito del ECPI el significado que tradicionalmente se le otorga en los derechos nacionales (especialmente de raíz romanista). El principio de legalidad afirmado en el ECPI no respondería a la “lógica [...] de vínculo a la fuente, esto es de seleccionar lo que puede ser ‘fuente’ de norma en materia penal y de seleccionar el desvalor ‘primario’ de ilícito”. Por tal razón, el *nullum crimen* no podría en su opinión fungir de “límite entre lícito e ilícito”. Esta “selección primaria” de ilícito estaría ya presupuesta por el ECPI, el cual realizaría solamente una “selección secundaria” basada en una “*tipicità differenziale*”. Tal tipicidad diferencial, identificada en los llamados “elementos de contexto”, expresaría el “presupuesto de atribución a la CPI de la jurisdicción respecto de un hecho que constituye un delito con base en una fuente de cualificación distinta e independiente”, esto es, un hecho que —independientemente del ECPI— ya constituiría un crimen internacional o un delito de derecho penal común. Tal posición no puede ser aquí compartida. Por un lado, si bien es innegable que el ECPI solo incorporó hechos que ya constituían crímenes internacionales (no siempre, sin embargo, delitos en los derechos nacionales), esto no implica, empero, que el *nullum crimen* no pueda funcionar como límite entre lo que es lícito y lo que es ilícito en el sistema de derecho penal del ECPI. Pensemos, por

supuesto, no se trata aquí de problemas de indeterminación de la norma en sentido clásico y, por ello, no interesará interrogarse acerca de si el ECPI contiene locuciones ambiguas o vagas (tipos penales abiertos).²⁸ Aquí se alude a la falta de determinación de la norma penal que es consecuencia de la cualidad plurilingüe del texto penal. Es decir, al caso en el cual la falta de precisión acerca del contenido de la norma no proviene de la ambigüedad o vaguedad de un término, sino que surge de la comparación de las diversas versiones idiomáticas entre sí de un único texto, por el hecho de encontrarse diferencias de significación entre las normas penales materiales de dos o más versiones oficiales que poseen el mismo valor normativo. En este sentido se podría hablar aquí de *principio de determinación por congruencia (o correspondencia)*, queriendo significar con ello la necesidad de una igualdad de significados entre las normas que fundan la punibilidad de las diversas versiones oficiales —de igual valor normativo— de un texto penal plurilingüe y, por tanto, la exigencia de un único significado final preciso.²⁹

ejemplo, en el caso del genocidio, en donde a pesar de la existencia de la Convención Contra el Genocidio, existen enormes diferencias entre las regulaciones nacionales acerca de qué es un genocidio (especialmente la discusión en torno al concepto de grupo protegido). En este sentido, no se trata tanto de si el genocidio es en sí lícito o ilícito, sino de la modalidad concreta en que está tipificado (cf. E. Malarino, o. cit., pp. 59-60).

Por otra parte, la posición de este autor tendría considerables repercusiones sobre el campo del dolo. Al entender a los elementos de contexto como meros presupuestos de atribución de la competencia, ella toma partido por una de las dos posiciones sobre la manera de concebir a tales elementos. En efecto, en el encuentro de trabajo *intersessional* de la Comisión Preparatoria realizado en Siracusa (Italia), en febrero de 2000, se ha discutido en relación con los crímenes de guerra si los elementos de contexto eran solo un “*jurisdictional element*” y por tanto no abarcados por el dolo o, por el contrario, una circunstancia del hecho abarcada por el dolo, en virtud del art. 30, apartado 3, del ECPI. La posición que ve en el *contextual element* un presupuesto de la competencia descuida la diferente naturaleza delictiva de los crímenes comunes y los crímenes internacionales. En relación con los crímenes de guerra (pero el argumento es también extensible a los crímenes contra la humanidad) puede argumentarse siguiendo a Ambos que “[e]l mayor reproche de culpabilidad propio de los crímenes de guerra estaría justificado solo si el autor también era consciente de haber actuado en el marco de un conflicto armado y, por ello, de haber cometido un crimen de guerra” (cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 780). Lo que convierte a un homicidio en un crimen de guerra de homicidio (art. 8, apartado 2.a.i, del ECPI) no es solo el dato objetivo de estar cometido “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala” (art. 8, apartado 1), sino también el conocimiento de esto por el autor; este conocimiento justifica el diferente reproche de culpabilidad de ambos delitos.

²⁸ Cf., entre otros ejemplos, el art. 8, apartado 2.a. VI, del ECPI, que habla de privación deliberada del “derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente”; el art. 7, apartado 1.k, que tipifica “otros actos inhumanos”; la regla 145, apartado 2.b.VI, de las RPP, que incorpora entre las circunstancias agravantes a “otras circunstancias [...] semejantes”.

²⁹ Además de estas diferencias entre las versiones, que pueden dar lugar a lesiones del principio de *lex certa* como componente del principio del *nullum crimen*, pueden existir también problemas de indeterminación que sean consecuencia del carácter plurilingüístico, pero que no afecten el *nullum crimen*; por ejemplo, si existiera un error sobre aspectos procesales o de organización judicial.

Ahora bien, si se considera esta consecuencia particularmente grave que pueden asumir las faltas de uniformidad en el caso del ECPI (y que, en concreto, podrían traducirse en diferencias de punibilidad), junto a la alta probabilidad —por las razones antes señaladas— de que existan faltas de correspondencia o interpretaciones diversas entre las versiones, entonces se podrá tener una idea clara del problema del plurilingüismo en el Estatuto de Roma. El elevado riesgo de divergencias entre las versiones de un texto plurilingüe lleva incluso a preguntarse desde ahora si es realmente posible contar con un texto plurilingüe que sea suficientemente preciso o si, por el contrario, esta precisión solo puede lograrse renunciando al plurilingüismo.

3. ¿Comparación como método o comparación como excepción?

3.1. La discusión en general

En derecho internacional es una cuestión arduamente discutida³⁰ si en la aplicación a un caso concreto de un tratado bilingüe o plurilingüe cuyas versiones son igualmente auténticas, deben utilizarse (compararse) *siempre todas* las versiones o si, por el contrario, justamente en virtud de la presunción de igualdad de significado, el intérprete es libre en principio de decidir qué versión utilizar (pudiendo elegir cualquiera de ellas y, por tanto, prescindir del análisis de las demás); este último punto de vista sin embargo conoce una excepción en el caso en que la presunción haya sido puesta en duda en el caso concreto por medio de la alegación o manifestación —del modo que fuere— de la falta de correspondencia de significado entre las versiones; en tal caso se activaría para el juez la obligación de comparar los diversos textos auténticos. Aquí llamaremos a la primera de estas concepciones *comparación como método* y a la segunda *comparación como excepción*.

A primera vista, la utilización indistinta de cualquiera de las versiones oficiales y auténticas de un tratado bilingüe o plurilingüe pareciera ser la solución que más se condice con la naturaleza misma de este tipo de textos, especialmente si no existe a priori ninguna razón para sospechar de alguna eventual falta de correspondencia entre las versiones: en efecto, si se redacta un único texto en diversas versiones lingüísticas con igual autenticidad y se presume que todas tienen el mismo significado, entonces no existiría ningún impedimento para utilizar una u otra versión del texto, y se prescindiría de la o las demás. Sin embargo, a poco que se profundice se evidenciará qué erróneo es este punto de vista y, especialmente, a qué consecuencias negativas podría conducir. En efecto, un punto de vista semejante solamente no representaría ningún problema si se pudiera cumplir realmente el anhelo que inspira a todos los instrumentos plurilingües, esto es, el idéntico contenido de significación de todas

³⁰ Sobre esta discusión cf. por todos C. Kuner, o. cit., pp. 954 y ss.

sus versiones.³¹ Es un dato conocido, sin embargo, que no siempre se logra (y ello debido a múltiples factores) una completa correspondencia entre las diferentes versiones oficiales de un texto plurilingüe. Ya de frente a la mera posibilidad de tales divergencias, la alternativa de elegir a discreción la versión lingüística a utilizar en el caso concreto (y correspondientemente, la omisión de comparación de todos los textos) fundada en la ficción legal de la presunción de igualdad de significado perdería su fuerza persuasiva. En realidad, como seguidamente se mostrará, la *presunción de igualdad de significado* (que conduce a una comparación como excepción) no podría nunca justificar la no consideración en todos los casos de todas las versiones, pues la *igualdad real de significado*, que representa en verdad el anhelo de tal presunción, parece hacer preferible la comparación como método de todos los textos. Antes de explicar esta afirmación es necesario exponer el argumento principal con el cual se fundamenta, con base en la presunción de igualdad de significado, la posibilidad de prescindir de la comparación de todas las versiones lingüísticas en la aplicación del derecho al caso concreto, pues justamente de su réplica nace el argumento más importante en favor de la *comparación como método*.

Los defensores de la *comparación como excepción* argumentan principalmente que la comparación siempre de todos los textos podría “*undermine the security of the individual texts*” y la unidad del tratado.³² Este argumento no tendría en cuenta, sin embargo, que con la comparación de todas las versiones, en realidad, se perfeccionaría, antes que perjudicaría, la unidad del tratado, ya que justamente a través de la comparación se podrían resolver las divergencias.³³ La ficción legal de la presunción de igualdad de significado solo impediría que se pusieran al descubierto diferencias que, en los hechos, seguirían existiendo y, por tanto, no sería otra cosa que una “regla que refuerza la ignorancia”.³⁴ Ella actuaría como una “*kind of time bombe*”,³⁵ en el sentido de que las diferencias entre las versiones que han sido mantenidas en silencio podrían manifestarse sucesivamente en el momento en que ellas fueran alegadas. En vista de la alta probabilidad o incluso inevitabilidad de existencia de este tipo de divergencias no parece razonable dejar a la alegación de una de las partes (que en definitiva finalizará por ser una cuestión de destreza técnica y de recursos materiales) o a la mera casualidad o buena disposición de un juez, el hecho de que se descubra el verdadero derecho aplicable al caso. Ello, no solo por la obvia —pero necesaria— afirmación de que el texto multilingüe —a pesar de la existencia de una presunción de igualdad de significado entre sus versiones— es, al fin y al cabo, *un* texto com-

³¹ La igualdad de significación de los tratados redactados en más de una lengua es afirmada por el art. 33, apartado 3, de la Convención de Viena.

³² Cf. H. Waldock, en *Sixth Report on the Law of Treaties*, 1966, 2 *YBILC* 51, 100, UN Dok.A/CN.4/186/Add.6.

³³ Así, C. Kuner, o. cit., p. 963.

³⁴ C. Kuner, o. cit., p. 958.

³⁵ C. Kuner, o. cit., p. 963.

puesto por *varias* versiones y no *una* sola versión del texto, sino especialmente porque el hipotético descubrimiento posterior de una aplicación de derecho erróneo anterior produciría un efecto de deslegitimación del entero funcionamiento del sistema que regula el tratado multilingüe respectivo, en el caso que aquí se analiza, una deslegitimación de la administración de justicia penal internacional. Explicamos esta consecuencia con un ejemplo hipotético.

Primer supuesto (precedente): la CPI, al no haberse puesto en evidencia una diferencia entre las versiones, analiza únicamente una versión lingüística (o varias, pero *no todas*), resolviendo el caso en el sentido X, debido a que la norma aplicable exigiría Z.

Segundo supuesto (posterior): la CPI, frente a la misma situación fáctica del caso precedente, analiza *todas* las versiones lingüísticas, porque se ha puesto en evidencia la existencia de diferencias entre estas, resolviendo el caso en el sentido Y, debido a que la norma aplicable, resultante del análisis conjunto de todas las versiones, exigiría V.

En un caso semejante, en donde el análisis de todas las versiones llevaría a una diferente conclusión en cuanto al derecho aplicable respecto de la que se había arribado precedentemente, la interpretación diversa posterior pondría al descubierto que la decisión anterior fue el producto de una aplicación de derecho erróneo: la solución jurídica correcta no provendría de la versión aislada analizada en el primer caso, sino de la comparación de todas las versiones hecha sucesivamente.³⁶ Pero esta interpretación diversa posterior no solo evidenciaría las carencias de la interpretación anterior, deslegitimando en definitiva esa única decisión, sino que también pondría de manifiesto el riesgo y la probabilidad del dictado de sentencias fundadas en un derecho erróneo y de este modo deslegitimaría también la entera actuación de la administración de justicia penal internacional: pues ya no se podrá confiar más en que una decisión fundada en una sola versión permanezca siempre imperturbable; esta podría ser contradicha, incluso poco después de su dictado e incluso por los mismos jueces, con un análisis conjunto. La resolución de un caso con base únicamente en una versión lingüística despertaría siempre la sospecha (sea esta cierta o no) de que *posiblemente* no haya sido utilizado el derecho correcto (el derecho aprobado, producto del resultado de todas las versiones *presumiblemente* —pero no siempre— iguales). Y esta sospecha solo podrá ser despejada (en el sentido de su afirmación o de su negación) por medio de una comparación de todos los textos, pues solo de este modo se

³⁶ Que la solución en principio correcta sea aquella resultante de la comparación de todas las versiones y no la de una de las versiones, es una conclusión compartida tanto por quienes sostienen la necesidad de una comparación como método, como por quienes defienden la concepción de una comparación como excepción. Por otra parte, obviamente aquí se realiza una simplificación, pues la solución correcta no depende solamente del hecho de comparar todas las versiones, sino también de cómo realizar esta comparación, esto es, qué criterios se han de seguir en caso de divergencias.

podrá conocer realmente si los textos son verdaderamente iguales o si bajo la presunción de igualdad legal se encubre, de hecho, una desigualdad. Una posición que permite fundarse en una sola de las versiones acepta no solo la posibilidad de existencia de sentencias fundadas en un derecho erróneo,³⁷ sino también las consecuencias que estas deslegitimaciones (o su mero riesgo) ocasionan en el entero funcionar de la administración de justicia penal internacional. No es solo el hecho de que se encubran por medio de una ficción legal diferencias realmente existentes, sino también las consecuencias deslegitimantes del *descubrimiento* de la diferencia encubierta. Una solución que permite esto, acepta también la posibilidad de existencia de sentencias *precarias*, en el sentido de la alta probabilidad de que sean desvirtuadas de un momento a otro. Un orden jurídico como aquel que se pretende establecer en el ámbito internacional con el ECPI y la CPI no se podría permitir el dictado de sentencias —muy probablemente— desvirtuables;³⁸ esto es, de sentencias bajo sospecha de haber aplicado un derecho erróneo.

3.2. El argumento específico del ECPI

Pero no seguir la comparación como método puede presentar aún otro inconveniente, que deriva de las regulaciones específicas del ECPI. Este inconveniente se refiere a que según el sistema previsto para la revisión de las sentencias no siempre podrá abrirse (si es que acaso podrá) un recurso para subsanar una decisión que haya aplicado un derecho erróneo en el sentido que aquí se trata.³⁹

En efecto, el artículo 84 del ECPI permite únicamente la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria, y no la de sentencias absolutorias. No se critica, por supuesto, esta decisión fundamental del sistema recursivo del ECPI. Todo lo contra-

³⁷ El hecho de que existan sentencias incorrectas es un dato con el cual debe contar cualquier sistema de administración de justicia. No solo la regla del *in dubio pro reo* o del *favor rei* dan cuenta de ello, sino también la existencia del recurso de revisión. Aquí se alude a otra cosa: se trata de la aceptación de sentencias en las cuales puede existir una aplicación de un derecho incorrecto. La posición de la comparación como excepción considera incluso deseable valorativamente el no poner en juego la “unidad del tratado” por medio del cuestionamiento de los textos individuales, aceptando para proteger esta *unidad ficticia* que la sentencia pueda aplicar un derecho incorrecto. En definitiva, una posición así admite —y considera deseable!— la posibilidad de que se aplique un derecho inexistente, un derecho no aprobado, porque —como se ha dicho— el derecho aprobado no es *cada* versión, sino *un* texto compuesto de varias versiones.

³⁸ Como se verá seguidamente en el texto, dentro del marco de la concepción de la comparación como excepción, la puesta al descubierto posterior por lo general tampoco podrá ser corregida por medio de una revisión de la sentencia.

³⁹ En la práctica, menor importancia tendrá seguramente para la corrección de la sentencia que aplique un derecho equivocado el recurso de apelación, ya que la sentencia posterior que demuestra la aplicación de derecho equivocado por parte de la sentencia a apelar tendrá que ocurrir entre el dictado de esta sentencia y el plazo máximo para interponer el recurso (30 días, regla 150, RPP).

rio: ella es una lógica y saludable consecuencia del principio del *ne bis in idem* previsto en el artículo 20 del ECPI y una regla procesal indiscutida de un debido proceso. Lo que se critica es la concepción —aquí llamada— de la comparación como excepción, porque de haberse comparado todas las versiones ya en el primer caso, se habría podido evitar la sentencia fundada en un derecho equivocado y por tanto nunca se habría llegado a esta situación insatisfactoria.

En cuanto a la revisión de la sentencia condenatoria, el artículo 84 solo opera cuando ocurren las siguientes causas: descubrimiento de nuevas pruebas (apartado 1.a), descubrimiento de pruebas falsas utilizadas en el proceso (apartado 1.b) o en el supuesto de que uno de los jueces hubiera incurrido en *esa* causa en una falta o incumplimiento grave tal como para justificar su separación del cargo de acuerdo a los criterios del artículo 46 del ECPI (apartado 1.c). De estas tres causas, las dos primeras se refieren a cuestiones de hecho y prueba y por ello no regulan el problema que aquí se presenta. La tercera solo podría regularlo si se considera que el hecho de no aplicar todas las versiones constituye un “incumplimiento grave”,⁴⁰ en el sentido de la regla 24, número 2, de las RPP.⁴¹ Pero para decidir esta cuestión es necesario justamente resolver previamente el problema de partida, porque, al fin y al cabo, la consideración de si la no aplicación de todas las versiones constituye un “incumplimiento grave” —o no— depende del hecho de si la comparación se considera —o no— *de antemano* siempre obligatoria. Y aquí está lo interesante y, a la vez, la paradoja del caso. En la sistemática del ECPI, quien negase la obligación de comparar en todos los casos todas las versiones, tendría que —para ser coherente con su punto de partida— negar también que la aplicación de un derecho equivocado causado por esta omisión configure un “incumplimiento grave” en el sentido de la regla 24, número 2, de las RPP. De este modo, también negaría en definitiva la revisión de la sentencia condenatoria (dictada sin tener en cuenta todas las versiones) respecto de la cual una sentencia posterior con base en un caso análogo (esta sí dictada bajo el análisis de todas las versiones) ha puesto al descubierto su ilegitimidad, por haber aplicado un derecho incorrecto.

Por ello, de admitirse este punto de vista no solo toda sentencia dictada sin consideración de todas las versiones sería sospechosa de haber aplicado un derecho incorrecto, sino que incluso de demostrarse esta aplicación de derecho equivocado,

⁴⁰ Este caso no entraría en las previsiones de la regla 24, número 1, RPP, definitoria de las faltas graves en el sentido del art. 46 del ECPI.

⁴¹ La regla 24, párrafo 2, RPP, dispone: “A los efectos del párrafo 1.a del art. 46, existe un ‘incumplimiento grave’ cuando una persona ha cometido negligencia grave en el desempeño de sus funciones o, a sabiendas, ha contravenido estas funciones. Podrán quedar incluidas, en particular, situaciones en que:

- a) No se observe el deber de solicitar dispensas a sabiendas de que existen motivos para ello;
- b) Se cause reiteradamente un retraso injustificado en la iniciación, tramitación o resolución de las causas o en el ejercicio de las atribuciones judiciales”.

no existiría dentro del ECPI forma de remediarla. Por el contrario, quien acepta como punto de partida la comparación como método (y por tanto como obligatoria para el juez) conservaría la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria justamente para aquel caso sumamente esporádico en que los jueces, apartándose del deber, apliquen un derecho equivocado. Si los jueces son conscientes de este deber rara vez se apartarán todos de él.

La paradoja que se anticipó es la siguiente: el punto de vista de la comparación como excepción que con mayor frecuencia necesitaría echar mano a un recurso de revisión para remediar la —no infrecuente— consecuencia escandalizante de una sentencia que aplica derecho equivocado, no tendría justamente a su disposición este recurso.

4. El estado de la discusión con relación al ECPI

En el ámbito del derecho penal internacional y específicamente con relación al ECPI no se encuentra, al menos por cuanto se tiene conocimiento, una discusión como la que se ha expuesto en el punto precedente. En general quienes estudian las regulaciones del ECPI, además de partir de la versión cuya lengua más conocen, priorizan —en la mayoría de los casos, se diría, más bien inconscientemente o, al menos, sin argumentar las razones de la priorización— el estudio de la versión inglesa o, a lo sumo, el de esta y la francesa.⁴² Esto, en verdad, no significa otra cosa que la negación *de facto* de la necesidad de comparar siempre todas las versiones. Las causas de ello pueden deberse a múltiples factores (y posiblemente a la combinación de estos): así, *conjeturando*, podrían deberse, por ejemplo, a la histórica prevalencia en derecho internacional de las lenguas francesa, en un primer momento, e inglesa, posteriormente; al hecho de que estas han sido las lenguas de trabajo y oficiales de las experiencias de justicia penal internacional más importantes hasta ahora (así, los tribunales ad hoc); a una confusión entre lenguas oficiales y lenguas de trabajo del ECPI;⁴³ a la importancia, especialmente del inglés, en el proceso de redacción del

⁴² El predominio del análisis de la versión inglesa (y también, aunque en menor medida, de la francesa) se advierte en la mayoría de los trabajos sobre el ECPI. En general, sobre el fenómeno de que “*in the fact if not in law*” algunos textos tienen más peso que otros en la decisión, cf. J. Hardy, o. cit., p. 154.

⁴³ La prioridad que asigna la doctrina a las versiones inglesa (fundamentalmente) y francesa del ECPI posiblemente se deba a que solo el inglés y el francés son *lenguas de trabajo* de la CPI (art. 50, ECPI, apartado 2; las demás lenguas oficiales solo podrán ser utilizadas como lenguas de trabajo bajo las condiciones del art. 41 de las RPP y con la debida autorización de la presidencia de la CPI, cf. art. 50, apartado 2 del ECPI y regla 41 de las RPP). La limitación al inglés o al francés como lenguas de trabajo no tiene, sin embargo, el sentido de excluir (y esto es una obviedad) a las otras lenguas oficiales y auténticas su carácter de fuentes de derecho. En efecto, esto descuidaría la diferencia fundamental que existe entre lengua de trabajo y lengua oficial. Las *lenguas oficiales* son aquellas en las cuales son redactados los tratados, instrumentos o normas plurilingües y sobre las cuales las partes

ECPI, especialmente por la marcada influencia del derecho angloamericano en su configuración.

Sea cual fuere la razón de esta elección, ella toma partido fácticamente por una concepción que rechaza la comparación como método y, por ello, se hace acreedora de las críticas arriba expuestas. En general, puede señalarse que, hasta ahora, la discusión de problemas de interpretación derivados del multilingüismo en relación con

intervinientes acordaron, prestaron su consenso, firmaron y autenticaron como iguales fuentes de derecho (Cf. G. Van Calster, o. cit., p. 364). En este sentido, salvo una regulación en contrario que prevea rangos normativos diversos entre las diferentes versiones oficiales de un mismo texto plurilingüe o que una de ellas prevalezca en caso de problemas de interpretación, todas las versiones tienen el mismo valor como fuentes de derecho (art. 33, apartado 1, de la Convención de Viena). Por el contrario, las *lenguas de trabajo* no tienen relación con las fuentes de derecho, sino solo con aspectos de organización del trabajo para posibilitar la comprensión recíproca entre las diversas partes, órganos o personas intervinientes. Lengua de trabajo es lengua de comunicación; es el vehículo para transportar las ideas y argumentaciones. La lengua de trabajo atiende a la comprensión recíproca de las partes y, en este sentido, solo tiene un significado meramente formal. Esto significa que frente a la CPI las partes deben comunicar (expresarse o intervenir de forma oral o escrita) en inglés o francés, pero pueden fundamentar su posición recurriendo —como fuente de derecho igualmente válida— a una versión oficial y auténtica del ECPI diversa de la inglesa o francesa. Una situación del género no es en absoluto impensable. Por el contrario, es del todo imaginable que, por ejemplo, en un proceso un abogado, luego de haber analizado en un caso hipotético todas las versiones oficiales y auténticas y encontrado una posible diferencia de punibilidad entre estas, alegue la interpretación más favorable a su defendido obtenida, en el caso concreto, de una versión diferente de la inglesa o francesa. Aunque este abogado deberá *comunicar* esta argumentación únicamente en inglés o en francés (a no ser que haya sido autorizado expresamente a pronunciarse en otra de las lenguas oficiales), el contenido de ella podrá fundarse, desde luego, en cualquiera de los textos del ECPI igualmente auténticos y, por tanto, del mismo valor como fuentes de derecho. Una interpretación diversa de la que aquí se sigue, no solo se opondría frontalmente a la clara letra del ECPI (arts. 50 y 128), sino que además conduciría al resultado insostenible de que una versión oficial (diferente de la inglesa y francesa) adquiriría solo valor como fuente de derecho si la CPI admite en el caso concreto (de acuerdo a la posibilidad ofrecida por el art. 50, apartado 2 del ECPI y por la regla 41 de las RPP) que ésta sea utilizada como lengua de trabajo (!). Lo absurdo de una interpretación semejante es evidente: ella convertiría a la CPI en una suerte de “legislador” del caso concreto, otorgándole la facultad de decidir —sin fuente legal que la avale— si una versión ingresa (o no) como fuente de derecho.

La diferencia —clara— entre lenguas de trabajo y lenguas oficiales es confirmada también por otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), previendo únicamente al inglés y al francés como lenguas oficiales (y, por tanto, el ECIJ solo está redactado en estas dos lenguas), dispone que, a pedido de parte, se pueda autorizar el uso de otras lenguas no oficiales durante los actos del procedimiento, debiéndose sin embargo traducir todos estos actos o intervenciones orales o escritas a las lenguas oficiales (art. 39 del ECIJ). Este ejemplo muestra claramente la diferencia que existe entre una lengua oficial y una lengua de trabajo. La utilización en el marco de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de una lengua de trabajo no oficial, por ejemplo, el castellano, no significa que una traducción (realizada por quien fuese) del ECIJ al castellano asuma el carácter de lengua oficial. En todos los casos, quien es autorizado a actuar en el proceso en una lengua ajena a las oficiales, solo comunica lingüísticamente en esa lengua, pero debe siempre argumentar con base en los textos oficiales.

el ECPI no ha sido prácticamente abordada por la doctrina, aun cuando la posibilidad de divergencias se podría al menos haber presumido en vista de la experiencia de los tribunales ad hoc.⁴⁴ En los hechos, la doctrina de derecho penal internacional en general se ha desentendido del problema, sin advertir la importancia que le puede caber justamente en el descubrir estas divergencias, señalar sus consecuencias y proponer soluciones razonables sobre la base de criterios de interpretación precisos. Justamente, el trabajo *propositivo* del jurista en este sentido podrá ser importante desde un doble punto de vista: por un lado, para orientar la solución de problemas de este tipo frente a la CPI; por el otro, para ayudar a los representantes estatales en la discusión y solución de los problemas interpretativos en el marco de los elementos de los crímenes.

Una excepción a la falta de consideración, en la doctrina, de problemas provenientes de la naturaleza multilingüística del ECPI la constituye, sin lugar a dudas, la reciente obra de Ambos destinada a buscar las bases para una parte general de derecho penal internacional.⁴⁵ En efecto, este autor no solo descubre y discute algunas divergencias entre las versiones del ECPI referidas a los principios generales de imputación o de exención de responsabilidad (de parte general, en la terminología continental europea de influencia germánica), sino que también dedica un capítulo entero a la interpretación de tratados de derecho *penal* internacional.

En este sentido, este autor, apoyándose en la Convención de Viena, afirma que en los tratados plurilingües se debe partir, en principio, de la interpretación de *todos* los textos auténticos.⁴⁶ Sin embargo, este principio encontraría un límite

cuando las tratativas del tratado se han realizado casi exclusivamente en un idioma y las otras versiones auténticas han sido traducidas oficialmente solo con posterioridad y, en cierto modo, han sido equiparadas solo formalmente por medio de una determinada disposición con el idioma que en realidad se utilizó durante la conclusión del tratado.⁴⁷

Este sería el proceder usual en los “tratados multilaterales de derecho penal internacional los cuales se discuten casi exclusivamente en inglés, si bien son declarados auténticos en todos los idiomas de la ONU”.⁴⁸ En su opinión, esta afirmación general para los tratados de derecho penal internacional regiría también para el ECPI, pues ejemplifica esta situación justamente haciendo mención del artículo 128 del ECPI.⁴⁹ Con base en este punto de partida, Ambos realiza una distinción entre *versión original* inglesa y demás *traducciones* auténticas⁵⁰ y prioriza la versión inglesa

⁴⁴ Cf. *supra*, § 1.

⁴⁵ K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem., nota 14.

⁵⁰ Así, ídem, pp. 648, 690, 856.

para la resolución de problemas interpretativos,⁵¹ aunque sin renunciar, de todos modos, a un análisis exhaustivo de las demás versiones y de sus respectivos derechos.⁵²

La justificación de la aplicación de esta posición dependerá, en definitiva, de las circunstancias concretas del proceso de redacción de cada tratado en particular. En efecto —según sus propias bases de partida y aún sin tomar posición al respecto—, esta teoría fungiría de excepción a una interpretación que considere todas las versiones (como, por otra parte, exige la Convención de Viena) únicamente en el caso en que las negociaciones del tratado (discusión y redacción) hayan sido mantenidas exclusivamente (o casi) en una lengua y solo posteriormente —formalmente— hayan sido traducidas. Gráficamente la excepción regiría para los casos de “mera traducción” y no regiría en los procesos de “corredacción simultánea”. Entre estos dos polos, sin embargo, se encuentra una *zona gris* “mixta de corredacción simultánea y traducción”, en los cuales algunos conceptos son discutidos y, otros, son simplemente traducidos. Esta última situación parece ser, justamente, la que mejor se condice con el proceso de redacción desarrollado en Roma. Por ello —ya según sus propias bases de partida—, la priorización interpretativa de la lengua de negociación (o lo que es lo mismo: la excepción a la interpretación paritaria de todas las versiones) que esta concepción sugiere dependerá de la medida en que se considere que esta situación gris del proceso de redacción de Roma se acerca más a una situación de “mera redacción” o, por el contrario, a un método de “corredacción simultánea”.

Por otra parte, el peso de esta argumentación dependerá, asimismo, de la importancia que se le asigne en la interpretación a la voluntad de las partes o al texto objetivo, porque en definitiva si se prioriza el texto objetivo producto de las negociaciones es porque en el fondo se considera a este como más expresivo de la voluntad de las partes. Justamente, si en caso de diferencias debe regir —según esta posición— el texto “negociado y aprobado” y no solo uno “aprobado”, es porque en el fondo la decisión de la divergencia se solucionará con la “voluntad de las partes expresada en el texto” y no en el texto mismo (en este caso, el texto multilingüe). La Convención de Viena (artículo 33.4) no prevé, sin embargo, este camino para resolver las diferencias de significado en textos multilingües, sino que remite, en primer lugar, a las reglas comunes de interpretación de los tratados (interpretación teleológica-contextual, en este caso de *todas* las versiones) y, en segundo lugar, si sobre la

⁵¹ Al menos indirectamente esto surge, por ejemplo, cuando afirma, refiriéndose a las versiones francesa y castellana que “no aportan mayor claridad” para interpretar los tipos previstos en las alternativas 2 y 3 del art. 25, apartado 3.b del ECPI (en la versión inglesa *induces* y *solicits*, respectivamente) ya que, entre otras cosas, “se tratan solamente de traducciones de la versión original inglesa”, cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 648.

⁵² Justamente este es, en nuestra opinión, uno de los méritos metodológicos del trabajo de Ambos, pues de este modo lanza la discusión del ECPI atendiendo a su naturaleza de texto complejo multilingüístico. En su obra, este autor analiza las versiones inglesa, francesa y española del ECPI, y sus respectivos derechos del ámbito jurídico occidental.

base de estas reglas no puede solucionarse la controversia, exige que se busque la solución que “mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”. Ya este argumento se opondría a una priorización o, al menos, tendría que supeditarse esta al fracaso de todos los criterios de interpretación; esto es, especialmente al caso de que no exista una solución que “mejor concilie” los textos divergentes.

Pero más allá de estas consideraciones existe una circunstancia que es difícil de desvirtuar: el hecho de que en la Conferencia de Roma (sea cual hubiere sido el proceso de redacción, esto es, si se trató de una redacción simultánea, de una mera traducción o, finalmente, de un camino intermedio) los Estados concedieron a todas las versiones el mismo valor interpretativo. En efecto, ni en el derecho *positivizado* en Roma, ni en las RPP se menciona al inglés como versión original, ni se concede a esta una importancia interpretativa mayor que las restantes. La Convención de Viena confirma, asimismo, este punto de vista pues, según su artículo 33.1, en caso de tratados autenticados en dos o más idiomas, solo podrá prevalecer una versión por sobre la o las otras si el tratado expresamente así lo dispone. Y justamente en el ECPI se optó por negar toda diferenciación entre las diversas versiones idiomáticas: a todas les fue otorgado el mismo valor como fuente de derecho y el mismo peso interpretativo, y todas, sin distinción, fueron consideradas textos oficiales, auténticos y *originales* del ECPI. En confirmación de esto último el artículo 128 del ECPI habla de “el *original* del presente Estatuto”,⁵³ refiriéndose, con ello, *expresamente* a todas las versiones igualmente auténticas.

5. Divergencias lingüísticas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí nos permiten afirmar que el punto de partida de la interpretación debería estar constituido por la comparación en *todos* los casos de *todas* las versiones de este *único* cuerpo normativo que es el ECPI.⁵⁴ Esta comparación estaría destinada a identificar la norma aplicable al caso concreto. Ahora bien, ¿cómo habría de procederse en el caso en que se constate una presunta divergencia? El ECPI no contiene ninguna disposición específica en este sentido. Por ello se presenta ante todo la posibilidad de recurrir a los criterios generales provistos por la Convención de Viena para la interpretación de tratados.

En este sentido, específicamente en cuanto a la interpretación de tratados redactados en más de una lengua, el artículo 33, apartado 4 —en relación con los artículos

⁵³ Sin resaltado en el original.

⁵⁴ En este sentido, también G. Van Calster, o. cit., p. 366, quien califica al hecho de que en el nivel comunitario las diferentes versiones idiomáticas del Tratado de la Comunidad Europea y del Tratado del Euratom sean igualmente auténticas como “*politically satisfying*”. En este sentido, en derecho penal internacional K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 381, quien, sin embargo, relativiza el principio cuando en las tratativas del tratado se ha utilizado casi exclusivamente un solo idioma (véase al respecto, *supra*, § 4).

31 y 32— establece una serie de criterios para solucionar posibles diferencias entre las versiones, asignándoles a estas un preciso orden de prelación: a) en primer lugar, la versión idiomática que las partes expresamente hayan elegido para dirimir posibles conflictos; b) en segundo lugar, en caso de que no se haya elegido una lengua prevalente, la interpretación contextual-teleológica, en este caso, de *todas* las versiones; c) en tercer lugar, complementariamente —solo para la confirmación de la interpretación contextual-teleológica o en casos de que esta conduzca a resultados vagos o irrazonables—, los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración; d) en último lugar, para el caso en que estas diferencias no puedan solucionarse con los criterios recién mencionados, la solución “que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”. En el caso del ECPI, como se ha mencionado, al no existir una lengua prevalente, el criterio interpretativo prioritario será el sistemático-teleológico.

Más allá de estos criterios, el ECPI ha ideado dos instrumentos que podrán ayudar al intérprete en el caso concreto de la resolución de problemas interpretativos, incluso de aquellos originados en divergencias entre las versiones. Estos son: por un lado, el instituto de los elementos de los crímenes (artículo 9 del ECPI); por el otro, la cláusula de la interpretación más favorable a la persona sometida a proceso para dirimir casos de ambigüedad (artículo 22, apartado 2, del ECPI).⁵⁵

En lo siguiente se expondrán algunos casos seleccionados de divergencias entre las versiones del ECPI (algunos de ellos, como se verá, se develarán luego solo como problemas aparentes, esto es, problemas lingüísticos sin repercusiones sustanciales). Este análisis tiene por finalidad especialmente lanzar la discusión sobre este tema, como también de señalar en qué medida existe el riesgo de divergencias entre las versiones del ECPI. En este marco se resaltarán la importancia de la interpretación sistemática-teleológica del texto en todas sus versiones, como justamente ordena la Convención de Viena de modo prioritario. Desde ya se debe advertir que por falta de conocimientos lingüísticos el estudio no podrá dar cuenta de todas las versiones oficiales, y se limitará al análisis de algunos ejemplos en las versiones inglesa, francesa y castellana. De todas formas, si bien los resultados a los que se arrije siempre serán parciales, en el sentido de que una interpretación conjunta de las seis versiones podría contradecirlos, el análisis es útil igualmente no solo porque permite detectar problemas de divergencias entre (al menos) estas tres versiones, sino también porque abre la reflexión de los criterios de interpretación en este sentido. Por tanto, se trata más de mostrar una metodología que una solución sustancial correcta.

⁵⁵ Cf. *infra*, § 6.

5.1. Ejemplos de divergencias

Diferencias lingüísticas sin diferencias de contenido

Caso 1: En algunos casos, la existencia de una diferencia lingüística puede no implicar, al mismo tiempo, una diferencia de contenido. Esta diferencia se revelará, entonces, como una mera divergencia formal que podrá ser corregida en el marco de un futuro proceso de corrección del ECPI.⁵⁶ Este es el caso del artículo 8, apartado 2.a.VI, del ECPI. Aquí, tanto las versiones inglesa o francesa se refieren como sujetos pasivos de la figura, respectivamente, a un “*prisoner of war or other protected person*” o “*prisonnier de guerre ou une personne protégée*”,⁵⁷ mientras que la versión española habla solamente de un “prisionero de guerra o a otra persona” sin calificar a esta última de *protegida*. A primera vista, esta diferencia de redacción pareciera indicar un campo de punibilidad más amplio en esta última versión, pues la conducta típica (privar deliberadamente de los derechos de un juicio justo e imparcial) podría recaer sobre *cualquier* persona. Sin embargo, a poco que se profundice se notará que la mención de *protegida* es superflua, pues ya se encuentra en el apartado 2.a de este artículo, común a todos los numerales (*chapeau*).⁵⁸ En este caso, la mera diferencia de redacción entre las versiones no revela un problema de falta de uniformidad entre ellas. Este es tan solo un problema aparente.

⁵⁶ Luego de su aprobación, el ECPI ha sido reformado en varias ocasiones para corregir defectos formales de redacción. Estos consistían en meros defectos ortográficos o de estilo dentro de una versión idiomática (por ejemplo, en la versión en castellano se ha remplazado la palabra “Tribunal” por la de “Corte”) o en presuntas diferencias “formales” entre las versiones. Sin pretender aquí discutir sobre las reformas en particular, se debe señalar que el riesgo de que, bajo una pretensión de “errata”, se produzca una modificación encubierta —prohibida por los arts. 121 y 122— no puede descartarse. Es seguro que entre la redacción originaria del art. 7.2.i de la versión castellana que decía “negativa a *informar sobre* la privación de la libertad” y la nueva redacción de esta norma como “negativa a *admitir tal* privación de la libertad” ya desde el punto de vista semántico existe una diferencia notable (modificación introducida según el Procès-verbal de rectification de l’original du Statut, del 30 de noviembre de 1999). Si bien tal modificación ha estado guiada para acercar la versión española a las versiones inglesa (“*refusal to acknowledge*”) y francesa (“*refuse [...] d’admettre*”), se pregunta si ella no es más que una mera modificación formal y por tanto prohibida durante el período previsto por el art. 121 (las únicas modificaciones autorizadas sin esperar el tiempo fijado por tal artículo son aquellas referidas a disposiciones exclusivamente de carácter institucional, cf. art. 122, ECPI). En este caso, en realidad, parece más razonable que sea el juez quien decida con base en los criterios interpretativos señalados cuál es la interpretación que debe prevalecer. Todos los documentos que contienen las correcciones pueden encontrarse en <http://www.un.org/law/icc/>.

⁵⁷ Sin resaltado en el original.

⁵⁸ En efecto, si se suprimiera del número 6, apartado 2.a, del art. 8 del ECPI, de la versión inglesa y francesa el calificativo de “protegida”, ello no cambiaría en nada el círculo de sujetos pasivos de la figura en cuestión, porque este requisito seguiría integrando el tipo al estar previsto ya en el apartado 2. En este sentido, también se pronuncian los elementos de los crímenes respecto de este art. 8, apartado 2.a, número 6, al prever en el elemento segundo “que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los convenios de Ginebra de 1949”.

Diferencias lingüísticas con diferencias de contenido: la previsión de requisitos diferentes para la operatividad de una misma figura

Caso 2: En otros casos, por el contrario, las diferencias lingüísticas pueden provocar una diferencia de contenido entre las versiones. En el ECPI el caso paradigmático de este tipo de problemas lo plantea el artículo 31, apartado 1.d, que regula como circunstancia eximente de la responsabilidad penal el haber actuado como consecuencia de coacción de la que resulta una amenaza de muerte o de lesiones corporales graves.⁵⁹ El diferente significado reside en las diversas exigencias para el caso de una amenaza de lesiones corporales graves. En efecto, mientras que las versiones inglesa y francesa aluden a una amenaza continua o inminente (“*continuing or imminent*”, “*continue ou imminente*”), la versión en castellano solo se refiere a una amenaza “inminente”. De esta forma, la versión castellana reduce el campo de acción de la eximente de la coacción al no permitir su operatividad en el supuesto en que la coacción provoque una amenaza continua. Por el contrario, las versiones inglesa y francesa, además del caso de una amenaza inminente, admiten la aplicabilidad de la eximente cuando la amenaza ha sido continua.

La distinción entre peligro inminente y continuo alude a la problemática conocida en los derechos nacionales de la “actualidad” del peligro. Un peligro *inminente* es aquel cuya realización o concreción es sumamente próxima o inmediata. En cambio, un peligro *permanente* es aquel que “se puede convertir en cualquier momento en un daño sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa”.⁶⁰ Por tanto, con “amenaza continua” se alude al peligro que se connota por su permanencia en el tiempo. Este ejemplo muestra claramente, por un lado, la falta de correspondencia entre las versiones idiomáticas analizadas y, por el otro, que esta produce diferencias de punibilidad. La norma no es *lex certa* (es ambigua) en su análisis conjunto.

La solución de este problema no está, por cierto, en el buscar el significado mayoritario. Antes bien, en un caso semejante el intérprete, para individualizar el significado final uniforme, deberá completar su análisis considerando el contexto sistemático común, esto es, el contexto de todas las versiones oficiales. Por ejemplo, de un estudio sistemático de las tres versiones del caso en análisis surge que, aunque el significado mayoritario sea el de las versiones inglesa y francesa, el más coherente *dentro de la sistemática del ECPI* es el de la versión en castellano y en este sentido debería ser interpretada la norma. En efecto, la extensión de la operatividad de la eximente en las versiones inglesa y francesa, además del caso de amenaza inminente,

⁵⁹ En los derechos de raíz continental europea de influencia germánica, tal eximente es considerada un estado de necesidad exculpante (*Entschuldigungsgrund*). Sobre la diferencia en la doctrina alemana entre estado de necesidad exculpante (*Entschuldigungsgrund*) y causa de exclusión de la punibilidad (*Strafaufschliessungsgrund*), cf. C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, segunda edición, 1994, § 19, nm. 48-49.

⁶⁰ C. Roxin, *Strafrecht*, o. cit., § 22, nm. 17.

también al supuesto de amenaza *continua* de lesiones corporales graves, no es coherente con la regulación de la coacción por amenaza de muerte. En este último supuesto, las tres versiones estudiadas solo admiten la operatividad de una coacción fundada en una amenaza *inminente*. La contradicción valorativa en las versiones inglesa y francesa entre las condiciones de operatividad de la coacción en caso de amenaza de muerte, por un lado, y amenaza de lesiones corporales graves, por el otro, es evidente: mientras que una persona que sufra una amenaza de muerte —forma más intensa de coacción— solo podrá ampararse en la eximente (y, por tanto, no caer en responsabilidad jurídico-penal); si la amenaza es *inminente*, en el caso de que la amenaza sea de lesiones corporales graves —forma menos intensa de coacción— el agente podría invocar la eximente no solo si la amenaza es *inminente*, sino también si esta es *continua* (peligro permanente).⁶¹ No parece lógico que sean más restringidos los casos de operatividad de la eximente en caso de peligro para la propia vida, que cuando el peligro sea de sufrir una lesión contra la integridad física. Esto invierte la prevalencia natural del bien *vida* por sobre el bien *integridad corporal*. La regulación —contradictoria— de las versiones inglesa y francesa se advierte por la utilización de la conjunción disyuntiva “or” y “ou”: “*duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm*”; “*contrainte résultant d’une menace de mort imminente ou d’une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique*”, respectivamente.⁶² La versión castellana equipara los requisitos para la procedencia de la coacción, ya que en ambos casos (coacción por amenaza de muerte o por amenaza de lesiones corporales graves) la eximente solo opera si la amenaza es inminente y de este modo no se produce aquí la contradicción valorativa señalada.

Es claro que a lo dicho se le podría objetar que aún considerando tan solo una de las versiones aquí discutidas (inglesa o francesa) en forma aislada igualmente se pondría de manifiesto la crítica efectuada de la contradicción valorativa y que, por tanto, no sería el análisis conjunto de todas las versiones (aquí, la inclusión de la versión en español) el que revelase la incoherencia de las versiones inglesa y francesa.

Una objeción de tal tipo es en principio correcta. Sin embargo, en este caso el análisis de la versión española no es superfluo, pues ella proporciona las pautas para orientar la interpretación. Solo su análisis nos permite concluir que la solución más

⁶¹ Críticamente Gil Gil (en “Commentaire du rapport: Précision et justice pénale internationale de E. Fronza, E. Malarino, C. Sotis”, en M. Delmas Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad, o. cit.) quien considera que el término “*continué* no modifica a amenaza [...], sino a ‘daño físico’ y es evidente que mientras la muerte no puede ser continua, el daño físico sí puede serlo”. No consideramos correcta, sin embargo, esta apreciación, ya que con amenaza continua o amenaza inminente el ECPI alude a la problemática de la actualidad del peligro y es del todo claro que sí puede existir un peligro permanente de muerte. Sobre la posibilidad de configuración de un peligro permanente también en caso de peligro para la vida, cf. C. Roxin, *Strafrecht*, o. cit., § 22, nm. 17.

⁶² Sin resaltado en el original.

razonable para solucionar la contradicción valorativa señalada *dentro de la sistemática del ECPI* es la supresión del requisito de la “continuidad” en las versiones inglesa y francesa, esto es, la interpretación del texto a la luz de la versión española y por tanto la no operatividad de la eximente en caso de peligro permanente, pero no inminente, de lesiones corporales graves.

Con un análisis aislado de la versión inglesa o francesa se podría haber llegado muy posiblemente a otra conclusión: por ejemplo, considerar que el error consiste en la ausencia del requisito de la “continuidad” en el caso de la coacción con peligro de muerte y por tanto solucionar la contradicción valorativa por medio de la extensión de la operatividad de la eximente al caso de *peligro permanente de muerte*. En un análisis aislado de las versiones inglesa o francesa, esta habría sido por lo demás la solución más razonable. En tal supuesto se podría echar mano también a los argumentos de la lógica y sostener “quién puede lo más, puede lo menos”.

Ahora bien, ¿por qué solucionar la contradicción valorativa suprimiendo la operatividad de la eximente en el caso de peligro permanente de lesiones corporales graves y no, por el contrario, extendiéndola al caso de peligro de muerte permanente? La respuesta es: porque dentro de la sistemática del ECPI representa de *lege lata* la solución más razonable;⁶³ aquí solo sería necesario analizar las versiones inglesa y francesa a la luz de la versión española, la cual brinda ya una solución coherente sin necesidad de ninguna modificación. La solución contraria, esto es, la extensión de la operatividad de la eximente al caso de peligro permanente de muerte requeriría por el contrario un esfuerzo interpretativo mucho mayor. En este caso, para solucionar tal contradicción valorativa no solo se tendría que extender en primer lugar la operatividad de la eximente al caso de peligro permanente de muerte en las versiones inglesa y francesa, sino que luego se debería extender (y aquí no se ve claramente cuáles serían los argumentos) la operatividad de la eximente en el caso de peligro permanente a los *dos* supuestos de la versión española, puesto que en esta no solo la coacción por peligro de muerte, sino tampoco la coacción por peligro de lesiones corporales graves hacen alusión a un peligro permanente o continuo. En este caso, como se ha dicho, el esfuerzo interpretativo sería enorme, llegando incluso a ser muy borroso el límite entre interpretación de la norma y creación lisa y llana de la norma.⁶⁴

⁶³ Una cuestión diferente es si de *lege ferenda* fuese preferible una extensión de la operatividad de la eximente al caso de peligro permanente de muerte.

⁶⁴ Tampoco podría ayudar a esta interpretación el principio de interpretación más favorable, pues este actúa en un momento sucesivo como cláusula de cierre cuando el problema interpretativo no puede resolverse de manera razonable con los criterios de interpretación. Al respecto, cf. *infra*, § 2.

*Diferencias lingüísticas con diferencias de contenido:
la previsión de una figura diferente*

Caso 3: En este caso también las diferencias de redacción (lingüísticas) conducirían a diferencias de contenido. Al contrario del anterior, no se trata aquí, sin embargo, de la previsión de requisitos diversos (en más o en menos) de operatividad, sino de la regulación de hipótesis del todo diferentes. Pero este caso no es ilustrativo solo por este dato, sino porque en una de las versiones la “hipótesis divergente” está, a su vez, regulada doblemente y, sin echar una mirada a las otras versiones, no se puede saber si se trata realmente de una doble regulación del mismo instituto o si, por el contrario, cabe asignarle a una de estas regulaciones un sentido diverso. Cada una de estas regulaciones es, por lo demás, en sí misma coherente, y la incoherencia resulta justamente de la doble regulación. En casos como este, la naturaleza plurilingüe de un texto puede ayudar, antes que perjudicar, la interpretación. Este es el caso, por ejemplo, de la alternativa segunda del artículo 25, apartado 3.c, de la versión castellana del ECPI, que sanciona a quien “con el propósito de facilitar la comisión” del crimen “sea encubridor”.⁶⁵ La simple lectura de esta norma evidenciaría una superposición (en realidad inexistente si se consideran las demás versiones) con el campo de prohibición del artículo 70, apartado 1.c, que tipifica algunas hipótesis usuales de encubrimiento. En efecto, las conductas tipificadas por el artículo 70 (el destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba), bien podrían caer en el (presunto) “encubrimiento” regulado por el artículo 25, apartado 3.c. Según el texto de la versión castellana existirían, por tanto, dos vías para punir el encubrimiento: una, por medio del tipo de parte general (de extensión de la responsabilidad penal)

⁶⁵ Más allá de lo criticable que pueda resultar en general la utilización de un sustantivo en lugar de verbos como técnica de tipificación de conductas (similar problema plantea la alternativa primera de este art. 25, apartado 3.c, que penaliza a quien es “cómplice” y no a quien colabora, auxilia, ayuda), el concepto de encubrimiento es especialmente impreciso. Sin una definición más detallada es imposible saber cuáles son las conductas que integran el tipo. Por tal razón, las legislaciones de los derechos nacionales cuando tipifican el encubrimiento lo hacen describiendo diferentes conductas o modalidades de encubrimiento con la utilización de diferentes verbos típicos. Ello hace que existan disparidades entre lo que se entiende por encubrimiento en una legislación y en otra. Solo una mera lectura de las normas que tipifican esta figura en diversos ordenamientos jurídicos de habla hispana enseña que, más allá de las coincidencias generales, existen ciertas diferencias en la tipificación de las diversas modalidades concretas. Así, por ejemplo, quien, con conocimiento de la comisión de un crimen y sin haber participado en él, oculta al autor brindándole un escondite o albergue —y lo ayuda de este modo a sustraerse a la acción de la justicia— será considerado encubridor de acuerdo al CP chileno (art. 17.3) y argentino (art. 277.1.a). Pero para que este mismo hecho pueda configurar un encubrimiento según el CP ecuatoriano (art. 44) es necesario además que el encubridor *habitualmente* proporcione este alojamiento o escondite. Tampoco para el CP español (art. 451.3) basta en este caso con el mero sustraer —mediante el ocultamiento— al autor del delito de la acción de la justicia, sino que es necesario que el hecho encubierto sea uno de los delitos taxativamente señalados en la norma (entre ellos, el genocidio y el homicidio) o que el encubridor haya obrado con abuso de funciones públicas.

de la alternativa segunda del artículo 25, apartado 3.c, caracterizado por la exigencia de un elemento subjetivo especial⁶⁶ y con la posibilidad de imponer en casos graves incluso la pena de reclusión a perpetuidad (artículo 77 del ECPI); la otra, por medio de una norma de parte especial, sin exigencias subjetivas especiales y penado con reclusión no superior a cinco años o incluso con multa (artículo 70, apartado 1.c y apartado 3, del ECPI). La incoherencia de la versión castellana es evidente pues tipifica por dos vías diversas y con respuestas punitivas diametralmente opuestas actos de encubrimiento idénticos.⁶⁷ Quien analice únicamente la versión en castellano notará sin dudas esta superposición entre el campo de prohibición de las normas mencionadas, pero no podrá solucionar el problema sin recurrir a las restantes versiones.⁶⁸ Solo un análisis conjunto permitirá conocer a ciencia cierta si esta superposición existe realmente (y se trata, por ejemplo, de un error de técnica legislativa) o si, por el contrario, este problema puede solucionarse adjudicándole un significado diverso a una de las dos normas citadas. En este caso, justamente, analizar las otras versiones sirve para solucionar la incoherencia de la versión castellana, ya que, pese a la incorrecta alusión en esta versión a un “encubrimiento”, de las versiones inglesa y francesa resulta claramente que el artículo 25, apartado 3.c, alternativa segunda, se refiere, en realidad, a un caso de complicidad.⁶⁹ En este sentido no solo son claras las

⁶⁶ “Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”.

⁶⁷ Ciertamente, el art. 70, apartado 1.c del ECPI tipifica conductas que entrarían en el concepto de “encubrimiento”. Además, la diferencia del elemento subjetivo especial jamás podría justificar esta diferente respuesta punitiva.

⁶⁸ La lectura conjunta de la exigencia subjetiva del propósito de facilitar la comisión del crimen y el verbo-sustantivo típico (¡no verbo típico!) “sea encubridor” *podría* ayudar a encontrar la correcta interpretación de esta norma. En efecto existe una contradicción entre la previsión de un encubrimiento para facilitar la comisión de un crimen que *podría* resolverse en favor de interpretar el “sea encubridor” en el sentido de una participación *en* el hecho: si el encubridor (ergo, quien actúa con *posterioridad* al hecho) tiene que actuar con el propósito de facilitar la *comisión* de un crimen (ergo, un crimen que aún no se ha cometido o no se ha finalizado de cometer), entonces su actuar se debería referir a una etapa donde la comisión no esté agotada. Sin embargo, esta es tan solo una interpretación posible en cuyo favor solo se podrá pronunciar apoyándose en el texto y sistemática de las otras versiones, esto es, luego de una comparación. En efecto, también se podría sostener que en este contexto la palabra *comisión* no alude solo a la conducta, sino también a las circunstancias concomitantes y al resultado (así, por ejemplo, K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., pp. 638 y ss). Con base en esta interpretación *podría* sostenerse razonablemente también que, en cuanto al “sea encubridor”, el propósito de facilitar la comisión del crimen deba entenderse en el sentido limitado de propósito de facilitar su *resultado*. Según esta segunda interpretación, también dentro de la versión en castellano, se podría encontrar una salida a la contradicción mencionada de un encubrimiento para facilitar la comisión de un crimen: así, mientras que en las alternativas primera y tercera (casos de complicidad) la finalidad subjetiva especial se referiría a la conducta, a las circunstancias concomitantes y al resultado, en la alternativa segunda (encubrimiento) solo se referiría a este último. Por tanto, dentro de la versión en castellano ambas interpretaciones serían plausibles.

⁶⁹ De esta forma también se evitaría la interpretación —al menos, extraña— de que el elemento subjetivo especial del “propósito de facilitar la comisión” del crimen se refiera a la conducta, a las

fórmulas utilizadas en las versiones inglesa y francesa (*abets*⁷⁰ y *apporte son concours*,⁷¹ respectivamente), sino que esta interpretación también resulta de todo el contexto sistemático del artículo 25, apartado 3 del ECPI, que regula en su letra *a* los casos de autoría (autoría individual, coautoría y autoría mediata), en la letra *b* los casos de provocación o instigación en sentido amplio,⁷² y en las letras *c* y *d* los casos de complicidad, esto es, de casos de intervención criminal *en* el hecho y *no luego* del hecho. Por tanto, en el contexto del ECPI, el encubrimiento no es sancionado como crimen internacional, sino solamente como un delito contra la administración de justicia de la CPI en el artículo 70, apartado 1.c.

Diferencias de contenido sin diferencias lingüísticas

Caso 4: Existen otros casos, aún, que no plantean ya problemas de faltas de correspondencia con repercusiones en el contenido, causados por la distinta redacción de la norma en las diversas versiones oficiales, sino por la diferente interpreta-

circunstancias concomitantes y al resultado en los casos de las alternativas primera y tercera de este artículo, y solo a este último, en el caso de la alternativa segunda (el supuesto encubrimiento) (cf. al respecto, nota 66).

⁷⁰ En el derecho angloamericano el término *abetting* (generalmente acompañado de otras acciones, especialmente el *aiding*, *counselling* y *procuring*) es utilizado para describir la complicidad, cf. Smith/Hogan, *Criminal Law*, Butterworth, London, 2002, p. 144; L. L. Weireb, *Criminal Law. Cases, comments, questions*, Westgroup, Foundation Press, 2003, pp. 668-672; P. E. Johnson, M. Cloud, *Criminal Law. Cases, materials and texts*, Westgroup, Foundation Press, 2002, pp. 684-709, 2002; L. R. Weaver, L. W. Abramson, J. M. Burkoff, C. Hancock, *Criminal Law. Cases Materials and problems*, Thomson West, Saint Paul, 2002. Sobre el *abetting* en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, cf. TPIY, *Le Procureur c. Furundzija*, o. cit., §§ 199 y 232; TPIY, *Le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1, Jugement, 25 de junio de 1999, § 61.

⁷¹ La fórmula *apporter son concours* no es utilizada usualmente en el derecho francés. De todos modos, ya su mera lectura sugiere acciones de contribuir o aportar y no de ocultar o encubrir. Esta interpretación se confirma al considerar el art. 324.1, segundo párrafo del CP francés, única norma de este cuerpo legal en donde se encuentra este giro lingüístico. Según ella es *autor* de blanqueo de capitales también quien aporta su concurso a una operación de colocación, disimulación o conversión del producto de un crimen o delito. Aunque en este caso el *apporter son concours* funda ya la calidad de autor de este delito y el blanqueo de capitales sea en sí un encubrimiento (del acto ilícito anterior, de donde se obtuvo el dinero), la descripción típica “*apporter un concours*” indica una acción de cooperación o contribución o de realización conjunta. En el caso del art. 324.1 del CP francés, el *apporter son concours* se refiere al acto de colocar, disimular o convertir el producto de un crimen o delito, pero en el del ECPI este solo puede referirse a uno de los crímenes internacionales por él tipificados. De este modo resulta claro que en la versión francesa del ECPI el *apporter son concours* nos remite más bien al ámbito de la comisión del hecho y no al de su encubrimiento. Si se hubiese querido regular un encubrimiento, la versión francesa no hablaría de *apporter son concours*, sino de *recel* (art. 434.4 y ss., del CP francés). En el caso del ECPI, el *apporter son concours* alude a una complicidad (material o psíquica), pues según la sistemática del ECPI los casos de autoría están regulados en el art. 25, apartado 3.a.

⁷² A excepción de la conducta “ordenar”, que se clasificaría más bien como autoría mediata, cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 645.

ción de un mismo término —en sí lingüísticamente equivalente—, debido al diferente ámbito jurídico-cultural de proveniencia del intérprete. Especialmente cuando se trata de conceptos con un significado fuertemente arraigado en un ámbito jurídico determinado, existe ciertamente el *riesgo* de que cada intérprete se oriente —consciente o inconscientemente— según las categorías jurídico-culturales de donde proviene y en las que está inmerso.⁷³ En el ECPI este riesgo puede surgir, por ejemplo, de la interpretación del artículo 25, apartado 3.b, alternativa tercera, en las versiones inglesa y castellana.⁷⁴ Aquí, los términos *to induce* e *inducir*, equivalentes desde el punto de vista lingüístico, pueden tener significados diversos en el plano jurídico, si cada uno de estos conceptos es interpretado según su comprensión usual en el ámbito del derecho angloamericano y español, respectivamente. Ciertamente, el concepto de *induction* no requiere necesariamente, según su concepción en el derecho angloamericano, el hacer surgir en el inducido la determinación a cometer el hecho, que sí es exigida según la comprensión jurídica española del término *inducción*.⁷⁵ En el ámbito del *common law* no existe un concepto especial para el determinador, ni tampoco existe una diferencia —en la tipificación—⁷⁶ entre quienes inducen o instigan haciendo surgir en el autor la decisión de cometer el hecho y quienes simplemente refuerzan la motivación del autor. Solo es necesario que el aporte tenga eficacia causal.⁷⁷ En general se puede afirmar que el derecho angloamericano (de por sí poco diferenciado)⁷⁸ no conoce una discusión en torno a la distinción entre una conducta

⁷³ Cf. nota 21. Al respecto, se debe resaltar la importancia de que las normas del ECPI sean interpretadas haciendo abstracción del contenido que ellas puedan tener en los diferentes ordenamientos jurídicos internos. El intérprete deberá buscar, más bien, una interpretación coherente dentro del sistema del ECPI. Esto requiere asimismo un alto grado de apertura del intérprete de frente a soluciones o interpretaciones provenientes de otros ordenamientos jurídicos.

⁷⁴ Un problema similar puede surgir del art. 25, apartado 3.b, alternativa segunda, dado que los conceptos “*solicits*” y “*sollicite*” de las versiones inglesa y francesa, respectivamente, podrían diferir del concepto “proponga” utilizado en la versión en castellano. Este concepto recuerda en efecto a la “proposición” del art. 17.2 del CP español, el cual posee un significado del todo particular.

⁷⁵ Cf. entre otros S: Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, Bosch, 5.ª edición, Barcelona, 1998, p. 400; M. Cobo del Rosal, T. Viver Antón, *Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, *tirant lo blanch*, Valencia, 1996, p. 686; G. Quintero Olivares, *Curso de derecho penal, parte general*, CEDEC, Barcelona, 1996, p. 488.

⁷⁶ Esta diferenciación sería considerada solo en el *sentencing*; en el marco del ECPI ella podría ser tenida en cuenta en la medición de la pena dentro de la consideración del “grado de participación del condenado”, de acuerdo a la regla 145.1.c de las RPP.

⁷⁷ La exigencia en el plano objetivo de una causalidad en sentido natural ha llevado a que la limitación de la responsabilidad se realice en el plano subjetivo, por medio de la exigencia de una intención especial, cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., pp. 622 y 638-639, respecto del § 2.06.3.a del *Model Penal Code* (MPC); cf. también p. 622, donde este autor afirma que “[d]e esta subjetivización se puede derivar la exigencia de la facilitación [...] del hecho principal como limitación objetiva de la responsabilidad del cómplice”.

⁷⁸ Sobre la escasa diferenciación del derecho angloamericano y del *common law* en general, cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., pássim.

instigadora o inductora que haga surgir la decisión a cometer el hecho y una que solamente refuerce la motivación psíquica del autor: todas las conductas que provoquen o incentivan a otro a la comisión de un delito y que hayan tenido una eficacia causal son igualmente punibles, sin importar la intensidad específica de cada conducta y especialmente sin importar si ha creado la decisión de delinquir en el autor. Ello se debe al hecho de que el derecho angloamericano no distingue entre complicidad e instigación,⁷⁹ quedando prácticamente todas las formas de provocación —y especialmente la instigación— absorbidas por la amplia concepción de la complicidad (*aiding and abetting*).⁸⁰ Si esto es así, podría existir el riesgo de que un intérprete español que analice esta hipótesis desde el prisma de la tradición jurídica de su país, la entienda de manera más restringida que un intérprete anglosajón que piense en el concepto común de *induction* en el *common law*.⁸¹ En un caso semejante, en donde el contexto sistemático común probablemente no será de ayuda,⁸² los trabajos preparatorios, como medios auxiliares de interpretación,⁸³ podrían aclarar “de qué modelo han partido los proyectistas y cómo han entendido los conceptos utilizados”.⁸⁴ Recién entonces se podrá asignar un significado preciso a este tipo de conceptos.⁸⁵

⁷⁹ K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 645.

⁸⁰ K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., pp. 644-645; G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston-Toronto, 1988 (segunda edición, Oxford, 2000), pp. 640, 644, 671. Cf. Asimismo, el § 2.06.3 del MPC estadounidense y el § 27 del Draft Criminal Code Bill inglés (DCCB). Esta misma falta de diferenciación entre instigación y complicidad y la irrelevancia de la distinción entre una instigación creadora de la decisión de cometer el hecho (desencadenante del hecho) y una que simplemente refuerza o estabiliza la motivación psíquica del autor, es confirmada por la jurisprudencia de derecho penal internacional que analiza el art. 7 del Estatuto del TPIY, que habla de *instigate*. Cf. al respecto *Prosecutor v. Kordic/Cerkez*, Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), § 387 (“Although a causal relationship between the instigation and the physical perpetration of the crime needs to be demonstrated [i.e., that the contribution of the accused in fact had an effect on the commission of the crime], it is not necessary to prove that the crime would not have been perpetrated without the accused’s involvement”). En el mismo sentido *Le Procureur c. Kvočka et al.*, Judgement 2.11.2001 [IT-98-30/1-T], § 252.

⁸¹ La versión francesa de esta alternativa que habla de *encourager* parece coincidir más con la versión inglesa que con la castellana. Para una crítica de la utilización del concepto “*encouraging*” o “*encouragement*”, por cuanto no permite la delimitación entre inducción y complicidad, cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 648, incluida nota 619, y p. 654.

⁸² En este caso, para un jurista inglés su concepto de *induces* sería coherente con la sistemática del ECPI, al igual que lo sería para uno español el de *induzca*, si bien ambos conceptos no son del todo coincidentes.

⁸³ Cf. el art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sobre la utilización de los *travaux préparatoires* cf. H. Lauterpacht, *Les travaux préparatoires et l’interprétation des Traités*, R.C.A.D.I., 1934-II, vol. 48, pp. 713-819; E. Canal-Forgues, *Remarques sur le recours aux travaux préparatoires dans le contentieux international*, RGDIP, 1993, pp. 901-935.

⁸⁴ Cf. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil*, o. cit., p. 380.

⁸⁵ Obviamente, el significado del que han partido los proyectistas solo podrá ser tenido como correcto, si es coherente en una visión sistemática con las otras disposiciones del cuerpo legal.

6. Los mecanismos internos del ECPI para la solución de conflictos de interpretación

6.1. Los elementos de los crímenes

Más allá de la utilización de estos criterios generales, el ECPI ha ideado los llamados elementos de los crímenes para ayudar a la CPI en la interpretación y aplicación de las figuras de crímenes internacionales (artículo 9 del ECPI).⁸⁶ Estos podrán servir de gran ayuda en caso de que el texto sea impreciso⁸⁷ también cuando este problema surja de su naturaleza plurilingüe. Por ejemplo, bien podría pensarse en el caso en el cual la diferencia de significado entre dos o más versiones oficiales y auténticas pueda resolverse recurriendo a la definición de los elementos de los crímenes. Sin embargo, su utilización está limitada exclusivamente a la interpretación de los elementos típicos de los crímenes internacionales (artículos 6, 7 y 8 del ECPI), sin extenderse a otras normas del ECPI, tampoco a aquellas que también fundan la punibilidad (por ejemplo, las normas sobre autoría y participación, el tipo penal de la incitación al genocidio, etc.). Esto evidencia que el campo de aplicación de este auxilio de interpretación es limitado. Por otra parte, también podría darse el caso problemático de que un juez recurra a este instrumento para solucionar divergencias entre las versiones del ECPI y advierta divergencias también en las versiones de los elementos de los crímenes o que divise, en éstos, conceptos vagos o ambiguos, o elementos normativos necesitados de precisión.⁸⁸ En estos casos, su utilidad para la interpretación de una norma del ECPI será escasa.

⁸⁶ Según el art. 21 del ECPI, los elementos de los crímenes forman parte de las fuentes primarias de derecho de la CPI. Según el art. 9, ellos “ayudarán a la Corte a *interpretar y aplicar* los arts. 6, 7 y 8” (sin resaltado en el original). Este instrumento ha sido introducido durante la Conferencia de Roma a instancias de los EE. UU. (cf. *Proposal submitted by the United States*, Elements of the Offences for the International Criminal Court, A/AC.249/1998/DP.11 –2 April 1998–). Sin embargo, el texto definitivo ha sido redactado por la comisión preparatoria (cf. *Final Act Anenex I litera f*) en un momento sucesivo y completado el 30 de junio de 2000. En efecto, durante la Conferencia de Roma la mayoría ha considerado que los tipos penales estaban suficientemente definidos y que esperar la redacción de los elementos de los crímenes habría retardado excesivamente la adopción del ECPI. El texto definitivo adoptado por la Asamblea de los Estados parte está disponible en <[http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/elements\(e\).pdf](http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/elements(e).pdf)>. Cf. al respecto, R. Lee (dir.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 1999, pp. 3-231; E. Gadirov, “Article 9. Elements of Crimes”, en O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, o. cit., pp. 289 y ss.; O. Triffterer, “Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender ‘Elements of crimes’ für alle Tatbestände des Völkermordes”, en B. Schünemann, et. al., *Festschrift für Claus Roxin*, o. cit., pp. 1414 y ss.; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, o. cit., pp. 57-59.

⁸⁷ Los elementos de los crímenes operan cuando el texto es impreciso. Si el texto del ECPI es absolutamente claro, el juez no tendrá necesidad de recurrir a los elementos de los crímenes para “ayudar” su interpretación.

⁸⁸ Si esto ocurriese (lo que no es para nada improbable) el recurso a elementos de los crímenes (también redactados en varias lenguas) no podrá servir de ayuda para solucionar problemas de diver-

De todos modos, al tomar posición sobre cómo entender un determinado concepto, los elementos de los crímenes han brindado en ciertas ocasiones una solución para interpretar diferencias de significado entre las versiones del ECPI. Así, el diferente contenido de significación entre el *killing* y *meurtre* —puesto ya en evidencia por el TPIR respecto del artículo 2.a del Estatuto del TPIR en el caso *Akayesu*⁸⁹— ha sido solucionado en cuanto al artículo 6.a del ECPI por medio de los elementos de los crímenes al entender que ambas conductas tienen el significado de “causar la muerte”. El elemento n° 1 del artículo 6, en la nota n° 2, afirma: “*The term ‘killed’ is interchangeable with the term ‘caused death’*”. La misma previsión se encuentra en la versión francesa: “*Le terme ‘tué’ est interchangeable avec l’expression ‘causé la mort de’*”.

6.2. La cláusula de cierre: el principio de la interpretación más favorable

Si luego de la utilización de los criterios de interpretación no se pudiera despejar la duda acerca de cuál sería la solución adecuada entre dos o más alternativas de interpretación posibles, el ECPI ha establecido una *cláusula de cierre* por la cual se debe estar por la interpretación más favorable a la persona sometida a proceso (artículo 22, apartado 2, del ECPI).⁹⁰ En estos casos, en los que la norma permanece ambigua, el derecho recurre a una ficción para poner fin al problema. En forma similar a como sucede en el campo procesal con la cláusula del *in dubio pro reo* para el caso en que las pruebas existentes no proporcionen la certeza de que una persona haya realmente cometido el crimen que se le imputa, también en el derecho penal material,⁹¹ cuando es imposible de otro modo resol-

gencias entre las versiones idiomáticas del ECPI. En estos casos, se necesitaría de “otros” elementos que unifiquen el sentido de los “elementos de los crímenes”, lo que nos conduciría al infinito: un texto impreciso es explicado por otro que, a su vez, por su imprecisión necesita de ser interpretado por otro, y así sucesivamente.

⁸⁹ Véase al respecto *supra*, § 1.

⁹⁰ A este criterio ha recurrido justamente el TPIR para decidirse en el caso recién mencionado del art. 2.a del Estatuto (diferencias lingüísticas entre *killing* y *meurtre*). Cf. TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, o. cit., § 501; TPIR, *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, Chambre de Première Instance, 21 de mayo de 1999, § 103; TPIR, *Le Procureur c. Rutaganda*, o. cit., § 50; TPIR, *Le Procureur c. Bagilishema*, o. cit., § 57.

⁹¹ La limitación del campo de operatividad de esta cláusula a problemas de ambigüedad de normas penales materiales que funden la punibilidad surge del mismo art. 22. La utilización en el art. 22, apartado 2, de la fórmula la “definición de crimen” no tiene, aquí, el sentido de limitar, como en el caso de los elementos de los crímenes, la operatividad de la cláusula solo a los tipos de los crímenes internacionales, sino que con ella se abarca a todos los elementos que definen la punibilidad del crimen (también, por ejemplo, las normas de autoría y participación, el error, la tentativa, etc.). Ello resulta claramente de una interpretación armónica de este apartado 2 y el apartado 1 del art. 22, en donde se regula el principio del *nullum crimen sine lege*. En este apartado se establece que “[n]adie será penalmente responsable [...] 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” (sin resaltado en el original). En este contexto, la palabra “crimen” se refiere a todas las circunstancias que fundan la punibilidad, ya que todas

ver un problema de ambigüedad, el derecho opta por la solución más favorable al enjuiciado. Ello se asienta en la idea de que el Estado —o en este caso la comunidad internacional, que es quien tiene el poder de enjuiciar— se puede permitir errar por defecto, pero no por exceso. Gráficamente: mientras que podría tolerarse que una persona sufra consecuencias penales menos gravosas que las que en realidad le corresponderían, sería intolerable lo contrario. Si existe, por ejemplo, un déficit de redacción que no puede solucionarse por criterios interpretativos, es lógico que este no le sea achacado justamente a quien es juzgado, sino que debe soportarlo la comunidad de los Estados⁹² que conformaron el ECPI.

7. Reflexiones conclusivas

Con este trabajo se ha pretendido lanzar una reflexión del ECPI, en tanto que texto plurilingüe. Aunque esta característica pueda ya encontrarse en otros cuerpos normativos, incluso de derecho penal internacional, las especificidades del ECPI antes señaladas (§ 2) —especialmente la cantidad de lenguas de posibles intérpretes de diferente proveniencia jurídico-cultural y la asignación de responsabilidad jurídico-penal individual— hacen de este documento un *unicum*. Las ejemplificaciones realizadas (§ 5) muestran que la posibilidad de divergencias entre las versiones del ECPI es cierta. Frente a ello, la comparación de todas las versiones se presenta como la solución más adecuada *dentro de la base normativa del ECPI* para evitar el riesgo⁹³ de arribar a soluciones diversas (eventualmente, a respuestas punitivas diferentes) respecto de una misma hipótesis. En efecto, el estudio ha mostrado, por una parte, que la supeditación de la comparación a la existencia de una concreta alegación o una eventual puesta de manifiesto —por el modo que fuere— de la divergencia antes que reafirmar la unidad del texto, encubre su falta de unidad real, pudiendo conducir a consecuencias deslegitimantes intolerables e insubsanables en el marco del ECPI (§ 3). Por otra parte, tampoco puede oponerse a la solución de la comparación de

ellas (y no solo los tipos de los arts. 6 a 8) están cubiertas por el *nullum crimen*. En esta sistemática también la palabra *crimen* del apartado 2, de este art. 22, no puede más que tener un sentido amplio y referirse a todas las normas fundantes de la responsabilidad jurídico-penal.

⁹² Esto se compadece con la idea de que cada uno debe soportar las consecuencias de sus faltas o deficiencias: en este caso, la comunidad de los Estados, al redactar una norma imprecisa que permite más de un significado posible, no puede pretender que sea el imputado quien soporte la respuesta más grave, sino que solo se podrá contentar con la menos grave (aunque quizás equivocada), soportando ella la eventualidad de que en la realidad (por otra parte, nunca descubrible, ya que de otro modo no se arribaría al presupuesto de aplicación de esta cláusula) la respuesta correcta hubiese sido la contraria.

⁹³ Téngase presente que las divergencias aquí expuestas no son todas las encontradas en el ECPI en estas tres versiones (véase, por ejemplo, también la señalada en la nota 74). Además, también un análisis de las seis versiones seguramente permitirá descubrir nuevos ejemplos.

todas las versiones (y a su mismo peso interpretativo) la priorización de una de ellas por sobre las otras, porque ello no se condice con el derecho aprobado en Roma; este justamente ha negado toda prevalencia en este sentido (§ 4).

La tesis de la comparación como método permitirá descubrir y solucionar más fácilmente divergencias entre las versiones en principio idénticas del texto y contribuir, de este modo, a la unificación efectiva del texto. Este proceder permitirá identificar, con base en los criterios de interpretación ofrecidos por la Convención de Viena y con la ayuda de los elementos de los crímenes, la norma aplicable al caso concreto; esto es especialmente importante si se advierte que, debido a la prohibición de modificación temporaria del ECPI (artículos 121 y 123 del ECPI),⁹⁴ al menos para el futuro inmediato, solo la CPI podrá solucionar los conflictos de divergencias entre las versiones en los casos bajo su juzgamiento.⁹⁵ El sentido de estas decisiones podrá servir, además, como guía para la futura corrección de estas divergencias en el marco de una revisión del ECPI (artículo 123).

Este punto de vista implica a su vez hacerse cargo de las dificultades reales y no despreciables que la puesta en práctica de tal método trae consigo. Con esto se alude al problema de la factibilidad (practicabilidad) de llevar a cabo este proceso de comparación. Si bien, por un lado, con la mayor cantidad de textos auténticos aumenta proporcionalmente el riesgo de divergencias y, por tanto, la necesidad de la comparación para encontrar el verdadero significado de la norma, por el otro, también crece en proporción la dificultad de proceder a tal comparación. La dificultad más visible al respecto o, si se quiere, la crítica más evidente en contra de la practicabilidad de esta solución es la inexistencia de un deber jurídico de los jueces de la CPI de conocer personalmente todas las lenguas oficiales del ECPI. En efecto, el ECPI no requiere —por lo demás, de modo absolutamente lógico y realista— tal conocimiento superlativo.⁹⁶ Además de ello, la comparación en todos los casos supondría hacer más compleja la interpretación, con consecuencias evidentes para la duración del proceso.

Estas dificultades nos deben conducir a reflexionar seriamente acerca de la practicabilidad de tal comparación y con ello, más en general, acerca de si es realmente posible llegar a la formulación de normas penales comunes en varias lenguas, especialmente si se considera que *en cuanto lenguaje jurídico*, ellas son la expresión también de diferentes derechos y de diferentes sistemas jurídicos.⁹⁷ La alternativa se

⁹⁴ Salvo enmiendas a disposiciones de carácter institucional, cf. art. 122 del ECPI.

⁹⁵ Por ello, el eventual recurso a la priorización de una de las versiones para solucionar problemas de interpretación originados en las diferentes redacciones oficiales no podrá tener lugar nunca en las condiciones actuales; su proposición debe esperar, al menos, el tiempo ordenado en los arts. 121 y 123 del ECPI. Véase sobre esto, más adelante, en el texto.

⁹⁶ El art. 36, apartado 3.c dispone: “Los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte”. El art. 43 requiere lo mismo respecto del ministerio público fiscal.

⁹⁷ Sobre las dificultades en Roma a causa de la diversidad de órdenes jurídicos, P. Saland, en Lee (ed.), o. cit., pp. 206 y ss.

pone en los siguientes términos: un derecho penal internacional con aspiraciones pluralistas y más expresivo de valores compartidos (pero altamente complejo) o un derecho penal internacional que renuncie a tal pretensión. En la Conferencia de Roma la decisión se ha volcado en favor de la primera opción. La base normativa actual no deja dudas al respecto. No solo se ha redactado el texto en los idiomas de la ONU y declarado su igualdad de autenticidad (artículos 50 y 128), sino que ni siquiera se ha establecido la prevalencia de una de las versiones para solucionar conflictos interpretativos (artículo 33.1 de la Convención de Viena), cuando esta posibilidad, prevista en el primer inciso de la *única* norma internacional referida a la interpretación de tratados redactados en más de una lengua, era seguramente una alternativa bien conocida por los expertos de Roma. Con la situación jurídica actual no podría estar permitida la discusión acerca del *si* de la comparación, sino acerca de *cuál* es la mejor forma de hacerla practicable.⁹⁸

A pesar de las dificultades que implica una comparación de este tipo, no se debe perder de vista que el ECPI, aunque cristalice los últimos desarrollos en la materia, representa solo el inicio de una legislación más o menos completa de derecho penal internacional. Se trata de un derecho en formación y, por tanto, a perfeccionar. Y a

⁹⁸ En cuanto a *posibles* propuestas para hacer practicable la comparación, se pueden pensar —sin pretender aquí dar una respuesta definitiva al problema, sino solo con el fin de lanzar *inputs* de discusión— las siguientes, referidas a la misma organización y composición de la CPI: la consideración, entre las reglas de selección de los magistrados, del criterio de la representación lingüística (de todas las lenguas oficiales) en la composición de la CPI (es decir, una CPI que, en conjunto, esté en condiciones de trabajar con todos los textos lingüísticos); la consideración del mismo criterio en la selección de funcionarios especializados (en este sentido se podría pensar incluso en una oficina de unificación lingüística). Estas propuestas podrían ser adoptadas inmediatamente (esto es, sin necesidad de esperar el tiempo de siete años previsto por el art. 121 del ECPI) ya que entrarían en la excepción del art. 122 del ECPI, que permite enmiendas a disposiciones de carácter institucional, incluyendo entre estas las del art. 36, apartado 8 (relativo a criterios de la composición de la CPI a tener en cuenta en la selección de los magistrados), y art. 44 (relativo a la selección del personal). Con estas propuestas no se exige que cada juez o funcionario conozca todas las lenguas, sino que entre ellos estén representadas todas estas, y permita de este modo la discusión conjunta de problemas de interpretación provenientes de las diferentes redacciones. El hecho de que prácticamente ningún juez, ni ningún funcionario de la CPI, pero tampoco ningún “legislador” de derecho penal internacional, ni ningún jurista esté, por lo general, en condiciones de manejar todas las versiones oficiales no representa, en verdad, un impedimento a esta *comparación*. Esta representa solo un nuevo desafío para ellos: para el intérprete, que tendrá que individualizar *la* norma aplicable en el caso concreto de un tratado plurilingüe; para el jurista, que deberá tener en cuenta este dato en su análisis dogmático y para el legislador, que deberá preocuparse por evitar posibles discrepancias entre las diferentes versiones. Las consecuencias de ello para el trabajo de estos operadores del derecho son, entonces, evidentes: es necesario *repensar* las formas tradicionales de trabajo e investigación en la materia; no solo se debe dar una amplia cabida al derecho comparado, sino especialmente a las investigaciones conjuntas (con especialistas de diferentes ámbitos lingüísticos, jurídicos y culturales); estas deberán ocupar un rol determinante en derecho penal internacional, ya que este es el único modo de considerar adecuadamente el carácter plurilingüista del texto normativo.

ello también deberá colaborar justamente la CPI. Así, a medida que la CPI vaya dictando sentencias analizando todas las versiones y resolviendo, por tanto, las divergencias de interpretación de las distintas versiones, el derecho del Estatuto irá haciéndose cada vez más preciso. En este sentido, al juez penal internacional le competará una función decisiva en la determinación del derecho aplicable en este texto complejo.

De *lege ferenda* se podría pensar en otras opciones y especialmente en la prevalencia de una versión idiomática. Pero en este caso se debe ser consciente de que el plurilingüismo tendría más bien efectos simbólicos, antes que jurídicos. No puede dejar de señalarse que la redacción de una norma en un idioma determinado llevaría inconscientemente a una interpretación propensa al significado que se le asigna al término en cuestión en su ámbito de proveniencia; en este sentido, con la prevalencia de una versión por sobre las otras (y la consecuente degradación de estas a traducciones meramente simbólicas) se perdería mucho de la esencia de un derecho penal de valores compartidos. Desde un punto de vista estrictamente político cabría preguntarse, por otra parte, si una solución de este tipo (no aceptada en Roma) *realmente* pudiese llegar a imponerse. Es dudoso que una posición tal pueda tener altas chances de concretización futura, pues indudablemente no será fácil que los Estados se pongan de acuerdo sobre la priorización de una u otra lengua, ni probablemente estarán dispuestos a realizar una concesión así en favor de solo una lengua (indudablemente emparentada con un sector geopolítico —cualquiera que fuese— bien determinado). Una decisión semejante significa mucho más que una mera decisión de técnica jurídica.

Es de esperar que estas breves consideraciones sirvan para poner al descubierto la necesidad de analizar el ECPI en su complejidad plurilingüística. Solo una investigación que tenga en cuenta el carácter plurilingüístico del texto permitirá *de lege lata* analizar adecuadamente las regulaciones del ECPI y *de lege ferenda* obtener bases sólidas para la proposición de redacciones de normas que se acerquen lo más posible al anhelo del idéntico contenido de significación de todas las versiones oficiales y auténticas.

Informe del seminario de San Pablo

Rodrigo Aldoney Ramírez

Informe del seminario de San Pablo

“La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional”

San Pablo, 19 y 20 de marzo de 2003

1. Introducción

Los días 19 y 20 marzo de 2004 la Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho para Sudamérica, organizó junto al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) y bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, un seminario destinado a analizar la implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional. En él participaron expertos de 15 países de Latinoamérica, Alemania Federal y España,¹ quienes, en su gran mayoría, ya se habían reunido en un seminario anterior en Montevideo, en febrero del año 2003,² organizado por el programa mencionado de la Fundación Konrad Adenauer, y habían contribuido al libro *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*.³ En esta ocasión, el grupo de trabajo no solo se dedicó a

¹ Kai Ambos y Christoph Grammer (Alemania), Ezequiel Malarino (Argentina), Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia), Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Tarciso Dal Manso Jardim y Gustavo Enrique Badaró (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora y Rodrigo Aldoney Ramírez (Chile), Alejandro Aponte Cardona (Colombia), Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica), Bolívar Vergara Sosa (Ecuador), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Alicia Gil Gil (España), Fernando Coronado Franco (México), Jorge Domingo Rolón Luna (Paraguay), Dino Carlos Caro Coria (Perú), José Luis González González (Uruguay) y Juan Luis Modolell González (Venezuela).

² Un informe sobre ese seminario se encuentra disponible en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs/natstraf_montevid_es.pdf>.

³ Esta obra, Ambos y Malarino (eds.), Montevideo, 2003, fue publicada por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y surge del

exponer y debatir los temas que a continuación se reproducen en términos resumidos, sino también a intercambiar información en torno a los avances que ha experimentado el proceso de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en sus países. Junto a ello se procedió a planificar posibles futuras actividades del grupo, a partir de la apreciación de los expertos en torno a aspectos tales como la difusión lograda, la necesidad de profundizar el trabajo realizado y las posibilidades de ejercer una influencia en los diversos actores que intervienen en los procesos de implementación del Estatuto de la CPI en los respectivos países.

En la apertura del seminario hizo uso de la palabra el director del Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Dr. Jan Woischnik, quien además de presentar el marco institucional de la Fundación, agradeció el auspicio de la Universidad Georg-August de Gotinga y, especialmente, la organización del evento al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Destacó la capacidad organizativa del Instituto, que permitió una ejemplar coordinación y preparación del seminario. En tal sentido, cabe destacar que la hospitalidad dispensada a los asistentes y el perfecto desarrollo del seminario no hicieron más que confirmar lo expresado. Finalmente, el presidente del IBCCRIM, Marco Antonio Rodrigues Nahum, hizo la presentación del Instituto y dio la bienvenida a los asistentes.

2. Exposiciones sobre temas generales del Estatuto de la CPI

En la mañana del primer día del seminario se expusieron, bajo la moderación de Dr. Jan Woischnik, ponencias generales sobre el derecho penal internacional, con especial referencia a la CPI. Inicialmente Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica) expuso sobre *la aplicación directa de los tipos penales del Estatuto de la CPI en el derecho interno*, e incluyó reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Su presentación abordó los fundamentos sobre los que descansa la persecución de ilícitos internacionales mediante el derecho interno y se centró en el problema de la aplicación directa de tales ilícitos en este plano, con especial referencia al caso de Costa Rica. En tal sentido, Hernández hizo notar que en su país, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existiría obstáculo para la aplicación directa del Estatuto de Roma, en la medida que los preceptos del Estatuto dieran cumplimiento al principio de legalidad previsto en el artículo 39 de la Constitución

proyecto de investigación “Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich” (Persecución nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada) del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional; véase al respecto: <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html>. Existe también una traducción resumida de esta obra al portugués: Ambos y Malarino (eds.), *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, IBCCRIM, San Pablo, 2003.

Política. La posibilidad de omitir una legislación interna que desarrolle los preceptos de este tratado y su supremacía sobre la legislación ordinaria se derivaría del artículo 7 de la Constitución Política. Hernández valoró positivamente las remisiones expresas a los tratados internacionales de derechos humanos, de los artículos 374, 378 y 379 (este último con una explícita referencia al Estatuto de la CPI) del Código Penal. A su vez, hizo referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establece que el artículo 48 de la Constitución política reconoce una jerarquía superior al texto constitucional de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas. Finalmente, la misma Sala Constitucional ha sostenido que la CPI no constituye una jurisdicción sustitutiva de la nacional, por lo que es perfectamente compatible con el ordenamiento costarricense la persecución en dos vías que propicia el principio de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de Roma.

Posteriormente Christoph Grammer (Alemania) analizó *el principio de complementariedad del Estatuto de Roma como móvil del derecho penal internacional* a partir del proceso de implementación del Estatuto en Latinoamérica. Al respecto presentó la situación interna de los cinco Estados que no han suscrito el Estatuto (Cuba, Nicaragua, Guatemala, Surinam y El Salvador) y cuyo número consideró más bien escaso. Posteriormente se refirió a los seis Estados (Chile, México, Haití, República Dominicana, Jamaica y Guayana) que no lo han ratificado. A estos Estados (especialmente a Chile y México) le asignó escasas posibilidades de una ratificación, en atención a la oposición de determinados grupos parlamentarios. Finalmente expuso la situación de los restantes Estados que ya habían tomado iniciativas tendientes a la implementación del Estatuto y destacó especialmente los avanzados trabajos de reforma legal de Brasil y Argentina. En general, calificó la situación latinoamericana, en cuanto a la recepción del Estatuto de Roma, como muy positiva, y señaló que solo es comparable a la situación ejemplar de Europa, especialmente si se tomaban en consideración iniciativas de reformas parecidas al Código Penal Internacional alemán (VStGB). A partir de estas apreciaciones Grammer veía en el principio de complementariedad, consagrado en el Estatuto de Roma, una importante fuerza motriz para el aseguramiento de eventuales persecuciones a nivel nacional de ilícitos internacionales, lo cual correspondería a la idea matriz de este principio.

A continuación, Ezequiel Malarino (Argentina) presentó algunos aspectos de la problemática de *la interpretación de la ley penal en textos plurilingües en el ejemplo del Estatuto de la CPI*. Al respecto, hizo referencia a algunas divergencias entre las diversas versiones del texto que podrían incidir sobre la punibilidad de ciertas conductas. Posteriormente hizo presente que, según los artículos 50 y 128 del Estatuto, todos los idiomas oficiales y de trabajo del Estatuto serían equivalentes por lo que, de conformidad con el artículo 33 párrafo 1 del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deberían considerar todos los idiomas en caso de divergencias ya que el Estatuto de Roma no prevé una versión concreta que deba primar sobre las demás.

Esto daría lugar a la cuestión relativa al correcto momento de comparación. Por un lado, cabría la posibilidad de considerar todas las versiones en toda aplicación del Estatuto a un caso concreto y, por otro, solo si una de las partes del proceso presentara una incongruencia entre las versiones o esta se hiciera manifiesta de otro modo. Al respecto, Malarino tomó posición por la primera alternativa ya que, de lo contrario, existiría el peligro de que una decisión posterior, en algún momento, expusiera un error de una decisión anterior y, de esa manera, la deslegitimara. Para una situación tal, el Estatuto no habría previsto recursos legales suficientes.

Finalmente, Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia, Holanda), *Associate Legal Officer* del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY), presentó *las reglas de procedimiento y pruebas en el Estatuto de la CPI y su comparación con el procedimiento del ICTY*. Junto a la diferencia fundamental entre una jurisdicción permanente y una ad hoc, señaló que existirían diferencias importantes en cuanto a la generación y modificación de las reglas (en el caso del ICTY, en gran medida por los jueces; en el caso de la CPI, por los Estados miembros). Además habría una diferencia relevante respecto del rol de los actores del proceso. A pesar de poder apreciarse respecto del juez y el acusado un alejamiento del rol pasivo propio del *common law* y de haberse producido un relativo acercamiento al modelo de procedimiento contemplado en el Estatuto de la CPI, existiría una diferencia notable respecto del ICTY en cuanto al rol activo de la víctima, incluida la posibilidad de reparación ante la CPI. Finalmente, Santalla sostuvo que si bien las potestades para modificar las reglas pertenecientes al ICTY concedidas al juez podrían ser criticadas con miras a una infracción al principio de reserva legal, se aseguraría de tal modo una rápida adecuación del derecho procesal a nuevos desafíos prácticos que se vayan presentando. Otros ejemplos de diferencias relevantes serían la regulación del rechazo de la prueba obtenida en forma ilícita, la que en el caso de la CPI también abarcaría fuentes de derecho consuetudinario mediante la inclusión del parámetro de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y la regulación del *plea bargaining* proveniente del *common law*, reconocido en el procedimiento ante la ICTY, pero que no sería vinculante para los jueces de la CPI.

3. Debate

La mayoría de los participantes latinoamericanos discreparon con la evaluación positiva expresada en la exposición de Grammer. Todos ellos coincidieron en la usual inconsistencia de estos Estados en lo que respecta a la suscripción de tratados de derechos humanos y con contenido penal internacional. Los Estados latinoamericanos nunca habrían tenido reparos en suscribir todos los tratados en la materia, pero generalmente presentarían enormes déficit en su implementación y aplicación. Esto no sería una excepción en el caso del Estatuto de la CPI, el cual, si bien había sido suscrito por la gran mayoría de los Estados, se encontraba también en la mayoría de ellos pendiente de implementación.

Grammer hizo ver que su valoración se refería a un plano normativo y específicamente a la posibilidad de considerar al Estatuto de la CPI como fuerza motriz del derecho penal internacional. En la medida en que el Estatuto recibiera numerosas ratificaciones se estaría cumpliendo el propósito normativo del principio de subsidiaridad, vale decir, de un marco normativo que permitiera fortalecer la persecución de ilícitos penales internacionales, en primer lugar, a escala nacional. En tal sentido Grammer reiteró que la velocidad con la que la comunidad latinoamericana ha ingresado al sistema de la CPI, a excepción de la situación europea, no tiene parangón en la historia de la comunidad internacional. Además reiteró que la circunstancia de que la mayoría de los países tengan proyectos prelegislativos o legislativos en marcha también era un ejemplo, en el sentido positivo por él expresado, y debiera augurar un buen futuro. Un mayor escepticismo manifestó Grammer en torno al eventual resultado que pueda tener la presión ejercida por los Estados Unidos de América sobre las decisiones que adopten los países latinoamericanos de la suscripción de tratados bilaterales de no entrega a la CPI.

4. Exposiciones sobre cuestiones de implementación del Estatuto de Roma en los derechos nacionales

El segundo bloque del primer día, dirigido por el profesor Dr. Kai Ambos (Alemania), estuvo centrado en la recepción interna del Estatuto de Roma. Fernando Coronado Franco (México) se refirió a *las razones políticas internas para la no ratificación del Estatuto de la CPI en México*. A estas razones Coronado le asignó una importancia superior que a las meramente jurídicas que han sido esgrimidas. Esto se explicaría en parte por el fenómeno antiguo, pero aún actual, de la detención sin control judicial, lo que conllevaría que casos de verdaderas violaciones de derechos humanos ocurridos en esas actuaciones policiales, tales como detenciones ilegales o torturas, quedaran sin posibilidad de sanción. Por otra parte, este rechazo político podría explicarse por un pasado caracterizado, especialmente en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, por violaciones de derechos humanos perpetradas por militares, que aún permanecen sin esclarecer judicialmente. Aunque México no haya sufrido un colapso total del Estado de derecho, como ocurrió en otros Estados latinoamericanos, se apreciaría una enorme influencia encubierta de las fuerzas institucionales en la discusión parlamentaria, lo que impediría avanzar en el afán de ratificación del Estatuto de la CPI.

Posteriormente, el profesor Dr. Alejandro Aponte (Colombia) presentó la *nueva ley de alternatividad penal colombiana*⁴ y *otras cuestiones relativas a la implementación del Estatuto de la CPI*, cuya finalidad oficial radicaría en la desmovilización

⁴ Se trata del proyecto de ley estatutaria n° 85, de 2003, del Senado.

de los grupos armados existentes en Colombia, la guerrilla y los paramilitares, mediante la imposición de sanciones alternativas (como, por ejemplo, la limitación de la libertad de movimiento a un territorio determinado) en vez de medidas drásticas privativas de la libertad. Aponte, además, hizo ver las fricciones con el Estatuto de Roma que este proyecto podría llegar a ocasionar, especialmente con el principio de subsidiariedad (artículo 17 del Estatuto de la CPI).

A continuación la profesora Dra. Alicia Gil Gil (España) presentó un análisis crítico de los *nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la CPI en España*. Estos se refieren a una reforma del Código Penal⁵ y al establecimiento de la ley de cooperación con la CPI.⁶ Respecto de la primera iniciativa legal la principal crítica apunta a la regulación de los crímenes de guerra ya que, por un lado, contemplaría penas inferiores a los crímenes contra la humanidad, lo que no estaría acorde con la jurisprudencia de los tribunales ad hoc de la ONU y, por otro lado, la técnica de ley penal en blanco aplicada en estos tiempos mermaría tanto la seguridad jurídica como el efecto motivador de la amenaza penal que ella supone. Además, Gil Gil se refiere críticamente a la omisión de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a fin de incluir los crímenes contra la humanidad bajo el principio de justicia universal, como lo estaría exigiendo la doctrina. A su vez, la segunda iniciativa legal de cooperación con la CPI también limitaría excesivamente el principio de justicia universal, más allá de lo que ya se hacía *contra legem* mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala⁷ ya que, en combinación con esa jurisprudencia, ni siquiera serían perseguibles hechos acaecidos en el extranjero cuando se tratase de víctimas españolas, de cumplirse los supuestos del artículo 7.2 de la citada ley, que hace referencia a hechos extraterritoriales que caerían bajo la competencia de la CPI.⁸ Esto, según Gil Gil, solo sería explicable por el temor de verse enfrentado a nuevos “casos Pinochet”. Sin embargo, un cuadro jurídico resultante implicaría desatender la obligación nacional de persecución penal que emanaría del principio de complementariedad. En otro orden de cosas, el gobierno se habría reservado una potestad exclusiva para la activación de la competencia de la CPI lo que contravendría las reglas generales del proceso penal español, en especial el principio de legalidad.

⁵ Ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre de 2003.

⁶ Ley orgánica 18/2003, del 10 de diciembre de 2003.

⁷ Sentencia n° 327/2003 del Tribunal Supremo, del 25 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Miguel Colmenero de Lúcar, que se puede consultar en <www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>. En este fallo ya se limita el citado principio al exigirse como conexión legitimadora la existencia de un interés nacional comprometido.

⁸ Véase en tal sentido el artículo 7.2 de la Ley de Cooperación, que describe las circunstancias bajo las cuales se relega el conocimiento de hechos acaecidos en el extranjero a la competencia de la CPI.

5. Debate

En relación a la exposición de Gil Gil surgen diversas aprehensiones respecto de la limitación del principio de justicia universal en la implementación española del Estatuto de la CPI. Así, Hernández se pregunta si no será incluso más atinado calificar la ley comentada como de “no cooperación con el sistema de la CPI”, y le surgen dudas en cuanto a posibles antinomias. A su vez, Ambos hace referencia a la legislación alemana en la materia que como reacción a una jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo alemán (BGH) respecto del principio de justicia universal⁹ estableció, en el recientemente introducido Código Penal Internacional alemán (VStGB),¹⁰ un amplio reconocimiento del principio en cuestión. Este solo se ve matizado mediante normas procesal-penales, como ya las conocía la legislación alemana, referidas a la aplicación del principio de oportunidad, en los § 153 y siguientes de la Ley Procesal Penal alemana (StPO). Esto le parece coherente, ya que un genuino principio de justicia universal no permitiría limitación alguna.

Gil Gil explica que, a partir del cuadro descrito, el principio de justicia universal solo quedaría reducido a casos que no son de competencia de la CPI, por ejemplo, casos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto o hechos ocurridos en territorio de países que no han suscrito el Estatuto y cometidos por nacionales de tales países y que, a su vez, no hayan prestado su consentimiento para la persecución por la CPI. Finalmente sostiene que sería difícil ver en el establecimiento de estas normas un incumplimiento concreto del Estatuto de la CPI toda vez que no existiría un deber de perseguir delitos internacionales bajo el principio de justicia universal, salvo en los supuestos de las convenciones de Ginebra.

En cuanto al modelo de solución del conflicto armado interno que representa el proyecto de alternatividad penal colombiano, la mayoría de los asistentes manifiestan su temor de que tales esfuerzos de pacificación y reconciliación del Estado colombiano puedan no satisfacer las exigencias del derecho penal internacional materializados en el Estatuto de la CPI, por lo que se podría producir la activación de la competencia de la CPI. En concreto, el propio Aponte señala que, en tal sentido, podría invocarse el artículo 17, § 3, del Estatuto de Roma, en caso de incapacidad del Estado colombiano para, por ejemplo, hacer comparecer a un acusado o, asimismo, el artículo 20 del Estatuto de Roma que establece excepciones a la cosa juzgada, respecto de casos que se resuelvan aplicando la alternatividad penal propuesta. Finalmente, Aponte señala que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia ha manifestado que el proyecto de alternatividad no

⁹ Véase, por ejemplo, BGHSt, n° 45, pp. 64 y ss., publicado también en *JZ* (*Juristenzeitung*), 1999, p. 1176.

¹⁰ Véase § 1 VStGB. A su vez, Ambos hace referencia a la traducción del VStGB y las reformas procesal-penales, realizada por la propia profesora Dra. *Gil Gil* por encargo del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y que puede consultarse en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

respetaría la existencia de la CPI y sería incompatible con las obligaciones que emanan del Estatuto de Roma. Asimismo, Santalla recalca el efecto nocivo para el principio de complementariedad que implica el hecho de que los Estados no logren superar situaciones de crisis internas, por cuanto se podría producir una excesiva concentración de casos en la CPI, lo que contravendría el espíritu de su Estatuto.

6. Mesa redonda: exposición sucinta de los relatores acerca de las novedades de la implementación del Estatuto de Roma en sus respectivos países

A continuación se procedió a oír la evolución de la implementación del Estatuto de la CPI en los diferentes países latinoamericanos que contaban con un representante en la reunión. Tanto el representante de Ecuador, el juez de la Corte Suprema, Bolívar Vergara Sosa, como el de Paraguay, Jorge Domingo Rolón Luna, presentaron una exposición amplia sobre la situación de sus países ya que estos Estados no habían sido incluidos en la publicación *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, con lo cual se logró cerrar ese vacío. En esta mesa redonda pudo apreciarse que, a pesar de múltiples iniciativas legales, no es de esperar que en un tiempo cercano se produzcan nuevas ratificaciones ni se aprueben nuevas normativas implementadoras del Estatuto de la CPI. Sin embargo, es posible matizar esta evaluación general, en el sentido de que esta inercia responde a diversas causas, tales como el desinterés público (académico y político),¹¹ aprehensiones constitucionales¹² u otras de este tipo que más bien ocultan, en mayor o menor medida, razones políticas.¹³ A su vez pueden matizarse también las diversas iniciativas que se están impulsando, las que abarcan desde la ausencia de proyectos de reforma concretos,¹⁴ pasando por proyectos de reforma constitucional,¹⁵ proyectos de leyes autónomas,¹⁶ hasta amplias reformas de los Códigos penales o procesales penales.¹⁷ A este

¹¹ Así, por ejemplo, según informa Ezequiel Malarino, en Argentina el interesante proyecto de la comisión interministerial para la introducción de un cuerpo legislativo independiente y de amplia recepción del Estatuto de la CPI, no tenía, al momento del seminario, estado parlamentario. Asimismo el proyecto de un nuevo Código Penal de Costa Rica, que según Paul Hernández, no se encuentra entre las prioridades legislativas.

¹² Así, por ejemplo, el caso de Brasil, según lo expone Gustavo Enrique Badaró.

¹³ Así, por ejemplo, el caso de Chile, lo que según la opinión del profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora, no se limita a un determinado sector político, el de México, según señala Fernando Coronado Franco, y el caso de El Salvador donde, según Jaime Martínez, se sustentan tales argumentos para no suscribir el Estatuto de Roma.

¹⁴ Así, el caso de Bolivia.

¹⁵ Así, el caso de Chile y Brasil para poder proceder a la ratificación del Estatuto de Roma y el caso de Perú.

¹⁶ Así, el caso de Argentina.

¹⁷ Así, el caso de Costa Rica y Perú.

panorama, no demasiado alentador, se opone el rechazo por parte de diversos países de la región a la suscripción de los tratados bilaterales de no entrega, impulsados por los Estados Unidos de América, lo que, en opinión de diversos asistentes, podría variar si la presión política arrecia.

7. Exposiciones sobre temas de parte general y especial de derecho penal internacional

La mañana del segundo día del congreso fue moderado por la profesora Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (IBCCRIM, Brasil) y se centró en el derecho penal internacional material. El profesor Dr. Kai Ambos (Alemania) disertó acerca de las *proposiciones metodológicas para la construcción de una parte general del derecho penal internacional* elaboradas en su trabajo de habilitación.¹⁸ Inicialmente abordó problemas prácticos que se suscitan en el análisis comparado de los ordenamientos jurídicos, destacando el de la limitación idiomática del comparador, lo que llevaría normalmente a un análisis sesgado y reducido al *civil y common law*, y excluiría, por ejemplo, el sistema jurídico propio de los países árabes u orientales, vale decir, una gran parte de las culturas mundiales.

Luego hizo referencia a los métodos de comparación, entre los cuales da preferencia a un método que denomina *funcional*, en el sentido de una aproximación empírica a los problemas, que pregunta por los roles y las funciones de los institutos jurídicos existentes, permitiendo una comparación libre de una carga dogmática y conceptual previa, con los institutos jurídicos funcionalmente correspondientes de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Este método sería preferible a uno *tradicional normativo-descriptivo*, defendido especialmente por Jescheck que, partiendo de la posición dogmática propia, no sería capaz de liberarse del punto de partida. En todo caso, el método por él propiciado debería ser complementado por una comparación valorativa, como ha sido acuñada en el derecho comunitario europeo, a fin de no caer en soluciones meramente funcionales y libres de toda decisión valorativa. En tal sentido, la comparación en el ámbito del derecho internacional debiera tender a maximizar la protección de los derechos humanos.

A continuación, Ambos presentó sus planteamientos acerca de una teoría del delito penal internacional. Respecto de la construcción de esta teoría, Ambos hace ver la escasa influencia que ha ejercido la ciencia penal alemana debido a su alto nivel de abstracción y su sobredogmatización. En definitiva Ambos aboga, desde una perspectiva del derecho comparado y de la teoría penal, por una teoría del delito *funcional de derecho comparado* que tiene en común, con una teoría del delito funcional de orientación moderada (Roxin), la fundamentación básica de orden político-

¹⁸ Véase Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, 2ª ed., 2004, especialmente pp. 40 y ss., 54 y ss.

criminal, de modo de ser permeable y flexible respecto de nuevos desarrollos. Esta teoría sería preferible tanto al funcionalismo radical —como el propuesto por Jakobs, que mediante una normativización extrema se aleja de los datos empíricos y no ofrece la necesaria orientación básica hacia la protección de los derechos humanos— como asimismo al pensamiento penal ontológico basado en el finalismo, que no presenta la necesaria flexibilidad y apertura frente a los problemas concretos. Si bien este pensamiento tiene una pretensión de validez universal, por un lado no existiría en el ámbito internacional consenso sobre cuáles serían estas estructuras lógico-objetivas invariables y, por otro, nunca habría tenido alguna gravitación en el debate internacional, como queda reflejado en las supuestas estructuras lógico-objetivas de la autoría y participación sustentadas por la teoría finalista alemana mediante una estructuración dualista de estos institutos y que no se acoge en el plano internacional.

Finalmente, Ambos explicó que su investigación llevaba a la conclusión de que el derecho penal internacional seguiría una configuración del ilícito penal bipartito, que diferencia entre la responsabilidad penal personal (*responsibility*) y las causas de exclusión penal (*defences*) y, por ende, no sigue la estructura de origen alemán basado en el injusto y la culpabilidad.

Seguidamente, el profesor Dr. Juan Luis Modolell (Venezuela) expuso sobre la *regulación de la imputación subjetiva y personal en el Estatuto de la CPI*. En su análisis del artículo 30 del Estatuto de Roma defendió la posición según la cual los términos “intención”, del párrafo 1, e “intencionalmente”, del párrafo 2, tendrían dos significados distintos;¹⁹ designaría el primero el elemento volitivo del dolo y el segundo el dolo como la faz subjetiva del tipo, en sentido general. El término único en la versión inglesa *intent* sería, por ende, ambiguo. Por otra parte, el artículo 30 párrafo 2 b) del Estatuto permitiría que, en cuanto a las consecuencias, exista dolo con la sola concurrencia del elemento intelectual ya que la disposición exigiría que respecto de las consecuencias la persona en cuestión solo presente alternativamente ya sea el *querer* o la *conciencia*, en el sentido de un *conocimiento*, que podría interpretarse normativamente como *ex ante*, esperable según la experiencia de un hombre medio, ya que el párrafo 3 de la disposición se refiere al “curso normal de los acontecimientos” (*ordinary course of events*). Ello permitiría incluir, sin problemas, tanto el dolo directo de segundo grado como también el dolo eventual.

El profesor Dr. Dino Carlos Caro Coria (Perú) disertó acerca de *la participación mediante aparatos organizados de poder* con referencia a los casos peruanos de *La Cancuta* y *Barrios Altos*. Respecto de estos, que representan la base de las solicitudes de extradición del ex presidente Fujimori, Caro sostiene la posibilidad de aplicar la figura de la autoría mediata en aparatos de poder organizados, la que se podría

¹⁹ En la versión en inglés se designan, en cambio, en ambas ocasiones con el término *intent*, lo que ocasiona dificultades interpretativas. En la versión alemana, por ejemplo, se vuelve a diferenciar entre *vorsätzlich* y *Vorsatz*, respectivamente.

entender como incluida en la regulación de la autoría y participación en el Código Penal peruano, lo que haría cuestionable el silencio que mantuvo en torno a esta posibilidad la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú. Sin perjuicio de lo anterior, Caro aprecia ciertas debilidades de tipo fáctico en la teoría en cuestión, toda vez que no existiría una fungibilidad concreta del ejecutor, como sí lo exige la teoría elaborada por Roxin.

8. Debate

Ante la exposición de Ambos se hizo presente, por parte de Gil Gil, la necesidad de considerar los fundamentos de los diversos institutos que adquieren relevancia en el derecho penal internacional, de modo que metodológicamente el análisis sobre ellos no debería quedar relegado a una fase posterior. En tal sentido, el análisis de la jurisprudencia no podría ser anterior, ya que necesariamente debería conllevar las valoraciones fundamentales. A su vez, tanto Gil Gil como Modolell ejercieron una crítica sobre el sistema bipartito que predominaría en el análisis dogmático y la jurisprudencia internacional, toda vez que no presenta la riqueza diferenciadora de aquella de raigambre germánica la que, según este último, sería capaz de dar soluciones más ajustadas en los casos concretos.

A su vez, Aponte destacó, respecto de la discusión acerca de la primacía de un sistema dogmático sobre otro, la importancia del rol del juez en el sistema penal internacional y manifestó sus dudas respecto de una crítica a priori a la aplicación de soluciones asistémicas a casos concretos. Estas no serían necesariamente incoherentes o erróneas; más bien existiría la posibilidad de que el juez buscara precisamente puntos de intersección entre los distintos sistemas dogmáticos.

A continuación, Malarino se refirió críticamente a la fuerza que pudiera tener la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc, por cuanto cabría apreciar un cierto abuso del derecho comparado. Él más bien apreciaba una tendencia a utilizar una determinada interpretación, propia de un país, en forma relativamente aislada, a fin de justificar una decisión. Incluso señaló que se habrían presentado situaciones más extremas en que fallos imputaban cierta afirmación a la doctrina francesa que no correspondían a la fuente citada. Santalla concordó con Malarino respecto de las falencias que han presentado los tribunales penales internacionales ad hoc y señaló que esto incluso ha sido motivo de críticas internas en ellos.

Caro se sumó a las críticas a la primacía fáctica del sistema bipartito descrito por Ambos y creyó, además, que se debe tener una claridad sobre los principios político-criminales antes de discutir sobre la conveniencia de un sistema de corte ontológico o funcional en la parte general del derecho penal internacional.

En un análisis crítico de lo que denominó una sobredogmatización de la doctrina alemana y de una cierta ignorancia de construcciones dogmáticas extranjeras por parte de la misma, *Ambos* se refirió a la imposibilidad de iniciar la discusión penal

internacional, desde una perspectiva *postwelzeliana*, si en el ámbito internacional, por ejemplo, se parte de la base de una faz interna y otra externa (*mens rea* y *actus reus*) donde un análisis, con el grado de diferenciación que ofrece la dogmática alemana, resulta muy inadecuado. Por eso, él optaría por un método empírico que consistiría en preguntarse qué es el derecho penal internacional y reconocer, en primera instancia, que se trata de un sistema que involucra varios sistemas de derechos, de jurisprudencia y de fuentes de codificación. Si se analizara ese conjunto de elementos se llegaría necesariamente a un sistema bipartito. Contestando a Caro y Gil Gil, señaló que eso no implicaba que al sentar las bases de su trabajo de elaboración de una parte general del derecho penal, defendiera ese sistema. Al respecto, hizo notar que en la tercera parte de su trabajo de habilitación realizó un análisis de los fundamentos en que se basa la distinción entre causales de justificación y de exculpación como ejemplo de una, a su entender, correcta fundamentación proveniente de la dogmática alemana. Esto, sin perjuicio de tener que reconocer que no corresponde ni a la realidad de las legislaciones angloamericanas ni al derecho penal internacional, especialmente del Estatuto de la CPI, que no reconoce explícitamente esta distinción. Se trataría, por ende, de un intento de presentar una descripción y no una justificación. Por otra parte, hizo notar los contrasentidos en que desemboca la discusión cuando se confunden esos planos, lo que quedaría reflejado, por ejemplo, en la crítica que ha recibido su trabajo de habilitación en una reseña del *Journal of International Criminal Justice*,²⁰ en el sentido de querer dogmatizar el derecho penal internacional desde el punto de vista de la dogmática alemana.

En lo que respecta a la jurisprudencia, Ambos dijo compartir la crítica formulada en cuanto a una visión reductivista y unilateral del material doctrinario. Así, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha realizado un análisis de derecho comparado citando un único manual de derecho francés, que supuestamente daría cuenta del derecho continental europeo. A su vez, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia habría citado una sola vez un trabajo alemán de Roxin (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*) que constituye una obra fundamental de la ciencia penal alemana.

Respecto de la exposición de Modolell, Gil Gil no creía que el artículo 30 del Estatuto de la CPI partiera de un concepto normativo del dolo, sino que también le daba relevancia a elementos psicológicos del autor, de lo cual se derivaría perfectamente, en concordancia con Modolell, la inclusión del dolo eventual en el precepto. Gil Gil también hizo referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que, en la sentencia *Srebrenica*, señaló que, en el caso del genocidio, no cabe un dolo eventual; reconoció, eso sí, que la doctrina más moderna acepta esta forma de dolo, señalando empero no tener certeza que se trate de un derecho consuetudinario por

²⁰ Véase *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 3ª ed., diciembre de 2003, pp. 737-745.

lo que se exigirá una intención directa. Pero esa declaración solemne, según Gil Gil, luego en el caso concreto se desconocería al sostenerse que para el partícipe no haría falta intención directa sino solamente conocimiento de que participaba en un plan, por lo que, al respecto, termina no exigiéndose la intención, con lo cual efectivamente se acaba castigando una situación de dolo eventual.

Modolell también creía que las posiciones cognitivas del dolo son peligrosas, pero que terminarán imponiéndose por cuestiones probatorias, como ya lo habría argumentado, por ejemplo, Ragués i Vallès en España.²¹ Sostener, en definitiva, que el dolo se definiría normativamente por la relevancia o significación social del actuar, vale decir, una noción objetiva del dolo, lo transformaría en un problema de imputación objetiva. Se trataría de una argumentación muy seductora ya que en la práctica no sería necesario probar si el sujeto quiso o no, sino si, dadas determinadas condiciones en relación con su conducta, debió saber algo o no. Lo que Modolell consideraba una pregunta válida respecto de las posiciones que propician tal concepto del dolo era por qué el dolo prototípico ha de ser el dolo eventual, a partir del cual se construiría el dolo general, a pesar de ser aquel, en realidad, excepcional. Eso, desde el punto de vista político-criminal, sería inconveniente.

Respecto de la exposición de Caro, se planteó por parte de Modolell que la construcción del dominio del hecho por medio de aparatos de poder falla por confundir el dominio funcional de la organización con el dominio del hecho del ejecutor material. Este último, como sujeto concreto, no sería dominado por el hombre de atrás, por lo que su obra concreta tampoco lo sería. De tal modo la primera clase de dominio no incidiría sobre la segunda.

Aponte hizo presente que muchas veces la aplicación jurisprudencial relaja los requerimientos de la figura del dominio por organización, como habría ocurrido en Colombia donde, en definitiva, los tribunales han condenado, sin mayor fundamentación, a los comandantes guerrilleros por el solo hecho de actuar en un territorio determinado y ejercer funciones de comando.

Ambos, a pesar de reconocer fuerza al argumento de Herzberg en el sentido de que una fungibilidad concreta no estaría dada en los disparos del muro, de modo que el ejecutor al desobedecer podría hacer fracasar el hecho, señalaba que, a diferencia de lo sostenido por Caro, él entendía que la problemática de la autoría mediata en los aparatos de poder organizados era más bien de índole normativa, en el sentido de la valoración que se quiere hacer de la aportación al hecho de ciertos jerarcas en determinadas organizaciones, los cuales no pueden ser considerados meros inductores, coautores, ni autores mediatos en el sentido tradicional. De este modo no creía que el problema pudiera reducirse a uno de carácter fáctico.

²¹ Véase Ramón Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

Caro respondió inicialmente a la aprehensión de Modolell con el argumento de Roxin de que lo que prueba la circunstancia que el ejecutor puede hacer fracasar el hecho es que esta forma de autoría, al igual que la autoría mediata por error o coacción, también admite el grado de tentativa.

En cuanto a la experiencia de Colombia, Caro hizo referencia a la experiencia peruana, parecida en este sentido, ya que a Abimael Guzmán se le condenó simplemente por ser cabecilla de una asociación criminal. Pero esto apuntaría a un problema diverso que se refiere a la realidad legislativa actual, que cubre amplios espacios de criminalización sin diferenciar autores y partícipes. En tal sentido, se relativizaría la discusión doctrinaria ya que generalmente encontrarían aplicación tales anticipaciones punitivas.

Finalmente, Caro replica a Ambos señalando que no había pretendido defender una diferenciación meramente fáctica entre autoría, coautoría e inducción, ya que estaría claro que el problema no se reduce a este plano; sin embargo, le parecía válida la crítica de orden fáctico hecha valer por Herzberg, entre otros, que sí incidiría en la valoración que se haga de la situación.

A continuación Tarciso Dal Manso (Brasil) presentó una exposición sobre *la obediencia debida*, desde la perspectiva del derecho internacional. Luego de exponer el nacimiento de la teoría clásica a partir de la evolución histórica del derecho internacional, que negaría una causal de exclusión de responsabilidad penal independiente, Dal Manso criticó la reglamentación del artículo 33 del Estatuto de Roma, por considerarla confusa. Esta no sería coherente con la evolución del derecho internacional consuetudinario del siglo XX. Especialmente, la regla del párrafo 2° sería problemática ya que en situaciones concretas no sería fácil distinguir entre un crimen contra la humanidad o de guerra y, por lo tanto, no sería comprensible por qué órdenes para cometer estos últimos no pudieran ser igualmente entendidas como *manifestamente ilícitas*. En este aspecto la redacción del Estatuto de Roma solo podría entenderse bajo la consideración de las negociaciones que se habrían llevado a cabo mediante “paquetes normativos” y no disposiciones individuales analizadas a partir de su coherencia interna.

Jaime Martínez (El Salvador) expuso sobre *la ley de amnistía general y falta de adhesión al Estatuto de la CPI en El Salvador*. Inicialmente Martínez se refirió al desarrollo histórico y el alcance de la ley de amnistía vigente en El Salvador. Luego destacó la desnaturalización de este instituto en el sistema jurídico de ese país, por cuanto apuntaría primariamente a bienes jurídicos del individuo y no a los pertenecientes al Estado, o sea, no se referiría a delitos con motivación política. Martínez agregó que serían criticables los argumentos esgrimidos para no suscribir el Estatuto de Roma basados en supuestas consideraciones constitucionales. Detrás de esta argumentación apreciaba más bien temores del gobierno sobre un eventual levantamiento de la impunidad que implica la autoamnistía vigente. En cuanto a la suscripción del acuerdo bilateral de no extradición con los Estados Unidos de América veía una

manifestación del escaso peso internacional de su país y manifestó su escepticismo respecto de la estimación del gobierno de que el acuerdo perdería vigor con la ratificación del Estatuto de Roma.

En la tarde del mismo día y bajo la moderación de Dr. Jan Woischnik, el profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora (Chile) intervino con un análisis de *la imprescriptibilidad de crímenes internacionales con especial referencia al caso chileno*. Al respecto no rechazó la prescriptibilidad sin excepciones del ilícito y la pena contemplada en el ordenamiento legal chileno, a pesar de contrariar en lo referente a los crímenes internacionales la regulación internacional. Al contrario, Guzmán se manifestó proclive a mantener la prescriptibilidad también en los casos de crímenes internacionales basado en consideraciones en torno al estado de derecho y el fundamento humanitario de este instituto. Esta posición se justificaría especialmente por la existencia de otros mecanismos para evitar la impunidad, como son la suspensión y la interrupción de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, apreció una excepción en el artículo 250 del nuevo Código Procesal Penal chileno a la regla general referida, según la cual excepcionalmente no se podrá sobreseer definitivamente una causa cuando el delito no prescriba, en razón de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. Si bien Guzmán apreciaba dificultades para armonizar esta disposición con las reglas generales del ordenamiento jurídico chileno, estimó que no tendrá consecuencia práctica toda vez que, a excepción de ciertos supuestos de crímenes de guerra, los ilícitos internacionales respectivos no han sido tipificados en el derecho interno y muy probablemente no lo serían en un tiempo esperable. En cuanto a los argumentos dogmáticos expuestos por la doctrina chilena para fundamentar la prescripción del delito y la pena, Guzmán desestimó aquellos argumentos basados en características personales del hechor, por su carácter especulativo, y privilegia en cambio aquella fundada en razones sociales, basadas en el desinterés de las generaciones futuras y la necesidad del otorgamiento de una seguridad jurídica como fundamento de una convivencia pacífica.

Finalmente, el profesor Dr. José Luis González (Uruguay) expuso sobre *los crímenes contra la humanidad* abordando, en primer lugar, aspectos conceptuales del tema, luego la revisión histórica de su nacimiento y evolución, concluyendo con la descripción de sus principales características y manifestaciones en la actualidad, con una exposición de los casos más relevantes de crímenes contra la humanidad.

9. Debate

Martínez planteó su preocupación por el planteamiento de Guzmán, por cuanto a la humanidad le habría costado mucho llegar a declarar determinados crímenes como imprescriptibles. Sabiendo que se siguen cometiendo, en gran medida actualmente, estos ilícitos, no le parecía bien que desapareciera una de las pocas instituciones que podían contribuir a que no existiera impunidad.

Al contrario, Malarino se inclinó decididamente por los planteamientos esbozados por Guzmán, toda vez que no creía que se pudieran afirmar derechos humanos violando derechos humanos. Sostuvo que precisamente un Estado se prueba a sí mismo en situaciones límite, lo que implicaría, en cuanto a la prescriptibilidad, dar un tratamiento unitario a los ilícitos penales y sus sanciones, fueran estos internos o internacionales. En cuanto a las formas de solución de la encrucijada planteada por Martínez se inclinó por la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción hasta que se estuviera en condiciones de proceder a la persecución de los crímenes internacionales.

Al respecto, Ambos hizo presente la situación de la jurisprudencia alemana, que estimó que existía un obstáculo fáctico para la persecución de los ilícitos, lo que inhibía el transcurso de los plazos legales de prescripción entre los años 1949 y 1989.

X. Conclusiones y perspectivas

El seminario permitió observar que, si bien la mayoría de los Estados latinoamericanos han hecho una importante contribución a la legitimación internacional del Estatuto de la CPI mediante su suscripción y, en la mayoría de los casos, su ratificación, siguen presentando grandes déficit de implementación, especialmente si se compara con la experiencia de países tales como Alemania y España. Debido a una discusión pública y especialmente legislativa todavía insuficiente, tampoco se debería esperar grandes avances en un tiempo próximo. A esta situación no solo contribuye un pasado (y en algunos casos un presente) marcado por situaciones reñidas con el respeto a los derechos humanos, sino también un débil tratamiento dogmático de la materia, que permite parcialmente argumentaciones escasamente jurídicas e influidas por consideraciones políticas de corto alcance. En este sentido el seminario representa una interesante e importante aportación para lograr un avance en los aspectos referidos, ya que junto con permitir a este grupo de expertos el intercambio de ideas y experiencias, permite evaluar el impacto de sus trabajos, planificar nuevas actividades y publicaciones y, en definitiva, fortalecer una cultura dogmática favorable a temas del derecho penal internacional en los países de Latinoamérica y abrir a expertos de esta región un espacio para la divulgación de sus contribuciones científicas al debate internacional.

Anexo

ECUADOR / Bolívar Vergara Acosta

El Ecuador y la implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones de derecho penal internacional

1. Cuestiones básicas y preliminares

La suscripción, ratificación y cooperación para la aplicación del Estatuto de Roma por los Estados parte reflejan los intereses nacionales y evidencian que son disímiles entre las grandes potencias, los países en vía de desarrollo y los pequeños Estados vulnerables en su soberanía, debido a que presentan realidades económico-social-políticas particulares, que se manifiestan en la estructura jurídico-política que los rigen pero, sobre todo, en la política internacional que diseñan.

Avanza la discusión teórica cuando realmente se concibe la naturaleza del Estatuto de Roma, no en forma exclusiva o aislada desde el prisma del derecho interno del Estado parte, en el campo constitucional, penal, procesal penal u orgánico, sino también como un tratado internacional consecuentemente unido al derecho internacional público y no solamente al derecho penal internacional y al derecho internacional penal.

La implementación del Estatuto de Roma debe ser analizada bajo la óptica de la realidad y los intereses nacionales de los Estados parte, en contraposición con los intereses de la especie humana o, como otros limitadamente dirían, de la defensa de ciertos bienes jurídicos protegidos de los hombres o de la llamada comunidad internacional.

2. La situación ecuatoriana

Constituye un error globalizar la situación latinoamericana, sin tener presente la historia, el desarrollo económico-social alcanzado y los objetivos nacionales e internacionales que sus integrantes se han fijado. No podemos olvidar:

- a. la diferencia económica entre los Estados: unos se encuentran más agobiados con la deuda externa, son más dependientes y están en menor grado de desarrollo y, evidentemente, se ven obligados a expresarse de manera menos soberana;
- b. algunos recién han alcanzado la paz interna: antes vivieron largos y dolorosos procesos de conmoción y guerra civil, en que se violaron los derechos humanos, con consecuencias que todavía se sienten;
- c. otros Estados viven indirectamente en sus fronteras, desde décadas, las secuelas de la insurrección, el terrorismo y la violencia armada que enfrentan sus vecinos, y que repercuten en el respeto a los derechos humanos en esas zonas; y,
- d. han tenido una más amplia trayectoria constitucional y tienen una mayor rigidez para su reforma, lo que hace más dificultosas las modificaciones requeridas para la ratificación del Estatuto de Roma.

El Ecuador no ha tenido condiciones, ni ha concebido y ejecutado una política internacional de dominación que haya afectado a sus nacionales y a la población de sus vecinos. Ni internamente ha mantenido una radical lucha ideológico-política que lo haya llevado a la violencia; ni en los últimos treinta años ha tenido una gestión sistemática de violación de los derechos humanos, identificados como individuales, aunque intencionalmente se haya hecho tabla rasa de los sociales y privado de educación, salud, alimentación y condiciones de vida dignas a la mayoría de la ciudadanía. Mas bien, la débil y dependiente economía, el proceso de consolidación e integración nacional, el vacilante empeño para lograr un verdadero ejercicio del sistema democrático, y la preocupación por la política interna e internacional próximas a sus fronteras, le han llevado a suscribir las principales convenciones y declaraciones del derecho internacional humanitario y ver como distante y remoto dentro del Estado la posible ejecución por sus autoridades y otros nacionales de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, aunque numerosos sectores de ecuatorianos recuerdan y ven con temor la grave violación a los derechos humanos a escasos metros de su territorio.

3. La ratificación del Ecuador al Estatuto de Roma

El Ecuador suscribió el 7 de octubre de 1998 el Estatuto de Roma —aprobado el 17 de julio de 1998 y ratificado por sesenta Estados hasta el once de abril del 2002—, que entró en vigor, en forma general, el 1º de julio del 2002, sexagésimo día a partir de la fecha en que el Estado parte depositó el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión,¹ como para terceros Estados, en algunos aspectos de acuerdo con el *jus cogens*.²

¹ Art. 126 del Estatuto.

² Art. 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sin entrar en el seguimiento del procedimiento constitucional de la aprobación del Estatuto,³ establecido que forma parte del “ordenamiento jurídico” debido a la promulgación,⁴ solo corresponde aclarar o determinar su aplicación en el ámbito nacional. Recordemos que el Tribunal Constitucional emitió, el 22 de febrero del 2001, el dictamen de conformidad con el mandato constitucional.⁵

Fue conocida y aprobada por el Congreso Nacional la creación de la Corte Penal Internacional, en la sesión extraordinaria del 17 de diciembre del 2001, por ochenta y dos de sus diputados presentes —solo dos lo improbaron—;⁶ el Estado Ecuatoriano efectuó la ratificación el 5 de febrero del 2002 y luego fue publicado.⁷

Los Estados parte discuten varios criterios:

- a. reformar la Constitución en los aspectos en que ella entra en conflicto con el Estatuto y adecuar a este la legislación secundaria. Esta posición genera el peligro de que se obstaculice la gestión de la Corte Penal Internacional y que se dejen sin efecto algunos aspectos del Estatuto de Roma, pese a mandatos expresos —como el artículo 88—; resulta necesario más bien lograr el consenso para expedir los lineamientos básicos de una ley tipo —tendencia que busca la uniformidad y generalidad—, a fin de que los Estados parte que adopten esta forma incluyan en tal legislación de implementación la manera en que sus órganos jurisdiccionales y el Ministerio Público prestarán la colaboración, y se fije taxativamente los deberes de la función ejecutiva y de la fuerza pública, en la ejecución de la orden de prisión preventiva de los imputados; se regule el procedimiento de la entrega del nacional requerido; se concrete el envío sin dilaciones de la información solicitada y se restrinja expresamente los casos de excepción a solo motivos de seguridad nacional; se describa la manera, los lugares y las labores de rehabilitación que deben realizar los condenados que sufran las penas en los centros carcelarios, y las obligaciones de la fuerza pública y el Ministerio Público en la protección a las víctimas, testigos y pruebas;
- b. dictar una ley especial que prescriba la forma de aplicación del Estatuto en la jurisdicción nacional, puesto que se estima conveniente expedir una ley que lo armonice con el derecho interno y fije las obligaciones de colaboración de los órganos del Estado, fundamentalmente la Función Judicial y la policía; y
- c. esperar la aparición del caso concreto, para actuar e implementar las medidas de aplicación.

³ Bolívar Vergara Acosta, *El Estatuto de Roma y otras normas de la legislación ecuatoriana: aspectos penal y procesal penal*.

⁴ Art. 163 de la Constitución y arts. 46, 27, 11 y 16 de la Convención de Viena.

⁵ Art. 276 n° 6 de la Constitución.

⁶ Crónica de Luis Ángel Saavedra.

⁷ Registro oficial n° 699/07.11.02.

El criterio que adoptará la mayoría de los Estados parte se dará fundamentalmente en atención a los antecedentes históricos que tengan en la violación de los derechos humanos, por guerras internacionales e internas.

El caso ecuatoriano no arroja discrepancias constitucionales ya que el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del referido tratado, pese al informe de la Procuraduría General del Estado del 28 de abril de 1999, y de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en el memorando n° 139-A del 13 de abril del mismo año, que opinaron que debía ser armonizada la norma constitucional por la reforma pertinente, puesto que solamente dieron informes favorables la Corte Suprema de Justicia⁸ y el Ministerio Fiscal General.⁹ Se ha elaborado un proyecto de ley de implementación,¹⁰ en estudio de la respectiva comisión legislativa, que se ubica en la corriente que mayoritariamente están siguiendo los Estados parte, de adecuar ciertos aspectos de la legislación nacional.

4. La constitucionalidad del Estatuto de Roma

El informe del vocal doctor Hernán Salgado Pesantes, que aprueba el Tribunal Constitucional, al analizar los aspectos que ofrecen dudas de la compatibilidad entre el Estatuto de Roma y la Constitución, se apoya en los siguientes elementos de interpretación progresiva: “Se debe considerar que el objeto y fin del Estatuto de Roma es la protección de los derechos humanos, pues al establecer delitos más graves que pueden darse contra la humanidad y sancionar a los responsables se busca que impere el respeto a los derechos de la persona; la Corte Penal Internacional ha sido creada en función de la paz y de la seguridad de la comunidad internacional, y que todos los crímenes —que son de su competencia— son extremadamente graves conforme al derecho internacional vigente, como lo es también al derecho interno de un Estado. Los derechos de las personas acusadas están absolutamente garantizados por las normas procesales de la Corte, cuyo Estatuto recoge los principios universales en materia penal”.¹¹ Se ha buscado principalmente demostrar que armonizan el artículo 18 del Estatuto y los artículos 16, 17, 18, 19, 23 n° 2, 24, 130 n° 15 de la Constitución, puesto que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza”. La aprobación del Congreso Nacional, la ratificación y promulgación, o sea, el cumplimiento de todos los requisitos de un tratado válidamente celebrado, hacen que el Estatuto se constituya en parte de nuestra legislación y prevalece “sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”; sin que posteriormente se pueda alegar que se requiere reformar la Constitución para armonizarlo,

⁸ Oficio n° 742 SP-99: 27.09.99.

⁹ Oficio n° 1690: 10.06.99.

¹⁰ INREDH y la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional.

¹¹ Informe de caso n° 005-2000-CI: 25.02.01.

ya que en nuestro sistema este paso es previo a la aprobación. Por tanto, no tiene fundamento jurídico querer encontrar incompatibilidades en las disposiciones del Estatuto sobre la entrega de personas, la orden de detención, las inmunidades de algunos funcionarios, la pena de cadena perpetua y la extradición de nacionales.

La discusión de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, focalizada en instrumentos sobre derechos humanos, se concentra en establecer los alcances de los artículos 163, 272, 274, 17, 18 inciso I de la Constitución.¹² Escasos son los seguidores —como la mayoría de los gobiernos— a darles valor por encima de la Constitución o supraconstitucional, aunque la tesis se enmarca en la tendencia hacia la universalización de los derechos humanos y la globalización económica; más bien toma adeptos la doctrina que los ubica abajo o subconstitucional y, finalmente, la de la equivalencia o de rango constitucional. Pero nadie desestima la interpretación gramatical: que prevalecen las normas jurídicas de los tratados, comparadas con las otras leyes y normas de menor jerarquía, vigentes en el Ecuador. Esta situación jurídica también fomenta la discusión atinente a la conveniencia de dictar una ley para la implementación del Estatuto en el derecho interno, a fin de regular la obligación de cooperar que tiene el Estado parte, especialmente en: la ejecución de la orden de detención, la entrega de imputados, las investigaciones concurrentes, la intervención diplomática y la judicial, la protección de víctimas y testigos, y la tramitación de actos probatorios que, creemos, no es indispensable ni necesaria.

En la actualidad, en los Estados, los derechos humanos constituyen cualquiera sea la cultura, ideología y religión que los inspiren, o las razas y minorías que los integren, un valor universal indiscutible, reconocido por todos los pueblos y que los gobiernos se han comprometido a respetar, aunque no se haya impuesto todavía la concepción integralista y totalizadora de tales derechos, ni tampoco la interpretación progresiva acerca de la existencia de estos. Históricamente la violación grotesca, inhumana, incivilizada y reiterada de muchos de ellos ha permitido la tipificación y la represión como infracciones en el derecho internacional penal y en la legislación interna de los Estados; pero hasta ahora la ideologización para calificar el quebrantamiento, el subjetivismo para establecer la extensión, la indeterminación para fijar la responsabilidad individual del sujeto activo y de los elementos que exhibe el carácter propio del detentador del poder han impedido que la violación de alguno de los derechos de segunda, tercera y cuarta generación sea criminalizada. Consecuentemente, a cada hombre le pertenece el ejercicio y la vivencia dentro del Estado y en el campo internacional; por tanto, exigir la tutela jurídica efectiva en la CPI es un derecho de todos los hombres, y se debe propender a que se lo pueda ejercer simplificada, directa e inmediatamente.

¹² María Judith Salgado, *Estudio sobre la compatibilidad entre el Estatuto de Roma y la legislación interna del Ecuador*.

Estas premisas orientan el criterio de que el Estatuto de Roma no se encuentra sobre las Constituciones de los Estados parte; ni que la Corte Penal Internacional está por encima de las judicaturas ordinarias nacionales, sino que es parte de la red de tribunales que lucha contra la impunidad y por la vigencia de los derechos humanos, interviniendo fundamentalmente respaldada en el principio jurisdiccional de la complementariedad, porque es, en resumen, fruto de la voluntad concertada de los Estados parte, ya que todavía no se logra consolidar la idea que los hombres tienen estos derechos en forma independiente, intrínseca y per se, para su pleno desenvolvimiento moral y material; ni que los atributos de la especie humana —identidad genética e identidad de los valores de racionalidad— sean considerados separadamente, cuando integralmente constituyen un sujeto de la relación jurídica con personalidad internacional.

Finalmente, en lo atinente a la jerarquía entre el Estatuto y otros tratados internacionales vigentes que mantuvieran los Estados parte, sin lugar a dudas se resuelve por el *jus cogens* y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, teniendo presente la circunstancia de ser anteriores o posteriores a que entre en vigor el Estatuto.

5. La jurisdicción penal nacional y el principio de complementariedad que prescribe el Estatuto

La estructura normativa del Estatuto de Roma permite observar que presenta disposiciones penales, procesales penales, orgánicas e internacionales, algunas de las cuales se han enunciado y deben ser desarrolladas: los Elementos de los Crímenes;¹³ las Reglas de Procedimiento y Prueba;¹⁴ el Reglamento del Personal;¹⁵ el Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte,¹⁶ regulados también en Protocolo Adicional; el Fondo Fiduciario;¹⁷ el Reglamento de la Asamblea;¹⁸ el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada;¹⁹ y el Presupuesto,²⁰ en normativas generales, que urge expedir.

En todo caso, las normas del Estatuto —tratado internacional— prevalecen sobre otras leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano; su aplicación corresponde preferentemente a la CPI, que es un tribunal especial, pero las normas de naturaleza sustantiva penal y procesal penal pueden ser aplicadas por los tribunales ordinarios nacionales creados por la Constitución y la ley. Debe tenerse en cuenta que cualquier

¹³ Art. 9 del Estatuto.

¹⁴ Arts. 15.3, 21.1, 39.2.b.iii, 41.1.2, 46.1a.4, 47, 50, 51.1.2.4, 52, 64.1, 69.1.2.4.5, 70.2, 71.1.2, 77.2, 78.1, 81.1.2, 82.1.4, 85.3, 87, 92.3, 93.8.c, 110.4.c, 112.1.g del Estatuto.

¹⁵ Art. 44.3.1 del Estatuto.

¹⁶ Art. 48.3.4 del Estatuto.

¹⁷ Art. 79.1.2 del Estatuto.

¹⁸ Art. 112.9 del Estatuto.

¹⁹ Art. 113 del Estatuto.

²⁰ Art. 115 del Estatuto.

conflicto suscitado con la legislación secundaria, se resuelve según el artículo 21 del Estatuto, el artículo 9 del Código Penal y el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, y en discrepancia toma ventaja la disposición especial.

El mandato constitucional establece que el ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial y a la vez los determina;²¹ ciertamente, no incluye a la Corte Penal Internacional —aunque había entrado ya en vigencia la Constitución al tiempo de la suscripción del Estatuto—, y la posterior aprobación la incluye entre los otros tribunales, sin que se haya exigido “una reforma constitucional”.²² Además, el principio de complementariedad que rige la competencia de la Corte Penal Internacional hace que no se sustituya la jurisdicción nacional, sino excepcionalmente, puesto que tiene carácter subsidiario y, según nuestro ordenamiento jurídico, es especial.²³

Algunos quieren encontrar la constitucionalidad del Estatuto de Roma en los precedentes referentes a los tratados celebrados y ratificados, a los que se sometió el Ecuador, que permiten el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José y el Tribunal Andino de Justicia en Quito, considerados como de jurisdicción supranacional y que carecen de competencia complementarias de las jurisdicciones penales o civiles nacionales.

En el Ecuador, la iniciación de la acción penal para perseguir los crímenes descritos y reprimidos en el Estatuto, por parte de un juez penal ordinario, no necesita ser tratada como una cuestión de decisión de la Corte Penal Internacional, sino que este, al tener jurisdicción y competencia, en razón del territorio, grado y de las personas, la tramita por ser autónoma e independiente; únicamente, por excepción, se da la internacional y la supranacional de la Corte Penal Internacional, que se rige taxativamente.²⁴ Tampoco se pueden producir incidentes de competencia entre la jurisdicción nacional ordinaria y la especial que tiene la Corte Penal Internacional,²⁵ en atención a que el Estatuto regula la situación, al tener carácter de ley especial y, por ende, mayor jerarquía sobre la otra legislación secundaria, por ejemplo, de las actuaciones del Fiscal para iniciar la investigación de los artículos 13.c y 15, y de las decisiones de oficio de admisibilidad de la causa que expidiere dicha Corte según el artículo 19.

El principio de jurisdicción complementaria deja de tener aplicabilidad y se da paso al principio de jurisdicción universal, también aplicable por dicha Corte.²⁶ La competencia de la Corte Penal Internacional surge de la ineficacia de la justicia o de la jurisdicción nacional en la represión de esta clase de delitos y de delincuentes, y

²¹ Arts. 191 y 198 de la Constitución.

²² Arts. 163 y 276 n° 5 de la Constitución.

²³ Preámbulo 10, arts.1, 17.1, del Estatuto de Roma.

²⁴ Arts. 11,12, 13, 124, 19.2.c, 18.1 y 53.2.c.

²⁵ Arts. 863 y 870 del Código de Procedimiento Civil.

²⁶ Preámbulo 6, arts. 18, 12, 19 del Estatuto.

por tanto la incentiva para que actúe con independencia frente a los otros poderes y a las fuerzas de presión que inciden en el Estado. Esto, sin dejar de reconocer que también debe perfeccionarse la independencia de la Corte Penal Internacional, mediante la presión de la conciencia pública mundial, para librarla de la injerencia indebida y fáctica que se podría generar en el Consejo de Seguridad de la ONU, sobre todo de algunos de sus miembros permanentes.

Nuestra legislación faculta limitadamente a los jueces penales ordinarios la utilización de la jurisdicción universal, que pone de lado los principios de territorialidad, de personalidad y de defensa para que juzguen delitos según la ley ecuatoriana, que hayan sido perpetrados por nacionales y extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que estos últimos hayan sido aprehendidos en el Ecuador o se haya obtenido la extradición, y se persiga, entre otros delitos, los convenidos en el derecho internacional, o que por disposiciones especiales de la ley o las convenciones internacionales le establezcan o le otorguen jurisdicción penal.²⁷

En resumen, las reglas de la jurisdicción y la competencia para la acción penal pública que rigen a nuestros jueces o tribunales ordinarios, regulan los procesos para perseguir los crímenes determinados en el Estatuto;²⁸ mientras que, en aplicación del principio de complementariedad, tienen imperio las normas procedimentales y orgánicas de este para el funcionamiento y ejercicio jurisdiccional de la Corte Penal Internacional, en los casos que se conociera causas relacionadas con el Ecuador. En ambas situaciones, los juzgadores respectivos deben aplicar los preceptos penales del Estatuto, en donde tipifican y reprimen,²⁹ y deben incluir posteriormente “los elementos de los crímenes”, cuando sean aprobados por los miembros de la Asamblea de los Estados parte, al integrar el Estatuto mediante tal vez un protocolo adicional.

La norma sustantiva acerca de la “aplicación de penas por los países y la legislación nacional”³⁰ libra cualquier conflicto que podría generar la pena de reclusión a perpetuidad, que se pudiera imponer por los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión cuando sea descrito,³¹ que se opone al mandato constitucional de la finalidad rehabilitadora de la pena para que “le permita una adecuada reincorporación social”³² al condenado; puesto que solamente se podría llegar a sufrir una pena acumulativa por un máximo de treinta y cinco años de reclusión mayor especial,³³ en relación con que tal sanción establecida en el Estatuto se entiende “sin 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

²⁷ Art. 5 n^{os} 5 y 6 del Código Penal.

²⁸ Art. 5 del Estatuto.

²⁹ Arts. 5, 6, 7, 8, 9, 77, 78, 80 del Estatuto.

³⁰ Art. 80 del Estatuto.

³¹ Art. 77.1.b del Estatuto.

³² Art. 208 de la Constitución.

³³ L2001-47: RO 28.09.2001.

la presente parte”. Además, que “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo [...], incluido, cuando proceda, el derecho de los Estados que normalmente ejercían jurisdicción sobre el crimen”, deben aplicarse siempre que no sean incompatibles,³⁴ y la eventual rebaja a la condena que pudiera lograr de la Corte el condenado a perpetuidad³⁵ —criterio en que se apoya el Tribunal Constitucional—, no pasa de ser una expectativa que exige otras circunstancias condicionantes.

6. Los principios fundamentales del proceso penal en la jurisdicción ordinaria nacional y la ejercida por la CPI

En cuanto al tema de los principios sustanciales que infunden el procesamiento en el Estatuto, se debe precisar: la cosa juzgada³⁶ se coordina con los mandatos constitucional y legales,³⁷ y las implicaciones de las salvedades que el proceso anterior obedeciese a sustraer al acusado de su responsabilidad penal y que no se hubiere instruido en forma independiente e imparcial. Se respalda también en los principios generales de la función judicial, que constitucionalmente consagran la independencia de sus órganos en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, la finalidad del sistema procesal, que es la realización de la justicia; pero, sobre todo, se respalda en los deberes primordiales del Estado: asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales, respetar y hacer respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes.³⁸ Consecuentemente, no aparece incompatibilidad.

El principio de legalidad o reserva,³⁹ la prohibición de la interpretación extensiva y la analógica,⁴⁰ el *in dubio pro reo*,⁴¹ la irretroactividad de la ley penal⁴² y la inimputabilidad por minoría de edad —dieciocho años—,⁴³ son principios penales y

³⁴ Art. 21.1.c del Estatuto.

³⁵ Art. 110.3 del Estatuto.

³⁶ Art. 20 del Estatuto.

³⁷ Art. 24 n° 16 de la Constitución y los arts. 5, 246, 327 inc. 2, 360 n° 5 y 368 del Código de Procedimiento Penal.

³⁸ Arts. 192, 199, 16 17, 18, 19 de la Constitución.

³⁹ Art. 22.1 del Estatuto, art. 24 n° 1 de la Constitución, art. 2 del Código Penal, arts. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal.

⁴⁰ Art. 22.2.3 del Estatuto, arts. 15 y 159 del Código de Procedimiento Penal, art. 4 del Código Penal.

⁴¹ Arts. 24.2, 24.2.c del Estatuto, arts. 2 y 421 del Código de Procedimiento Penal, y art. 2 del Código Penal.

⁴² Art. 24.1 del Estatuto, art. 2 del Código de Procedimiento Penal, y art. 2 del Código Penal.

⁴³ Art. 26 del Estatuto, arts. 40, 32, 34, 39 y 35 del Código Penal, arts. 305 y 307 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

procesales recogidos por el Estatuto de Roma, coincidentes en lo esencial con disposiciones constitucionales y de nuestra legislación secundaria, como del derecho internacional humanitario que ha suscrito y ratificado el Ecuador, en declaraciones y convenciones multilaterales que describen delitos contra el derecho internacional, algunos ya introducidos en el Código Penal y mientras otros están pendientes pero, ante todo, regulando la antijuridicidad de tales conductas y escasamente la tipicidad y sanción, que el juez ordinario y la Corte Penal Internacional necesariamente tienen que aplicar al juzgar.

La responsabilidad individual, la responsabilidad de superiores, la igualdad y ausencia de inmunidad, la obediencia debida son reguladas por el Estatuto, así como la imprescriptibilidad de las acciones y las penas por la comisión de crímenes contra la humanidad. También son recogidas por nuestra Constitución, al disponer:

[...] las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad [...] no habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.⁴⁴

En modo alguno la cita constitucional es exhaustiva en cuanto a todos los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, pero no surgen dudas ni se puede entender que excluye de la referida imprescriptibilidad a las otras infracciones no mencionadas, por cuanto debe recordarse la declaración de la finalidad esencial del Estado: respetar los derechos humanos.

En el mismo alcance y sentido está comprendida la responsabilidad de todas sus autoridades y las inmunidades y privilegios que gozan algunas de ellas; así, la inmunidad de los diputados del Congreso Nacional por votos y opiniones referentes a la labor fiscalizadora; la autorización del Congreso Nacional para el enjuiciamiento penal del presidente y vicepresidente de la República; la inmunidad para el defensor del pueblo y para los vocales de los tribunales electorales; privilegios y prerrogativas que pueden invocar para tratar de evitar el enjuiciamiento por esta clase de infracciones, ocasionando conflicto constitucional, que se soluciona teniendo en cuenta que no habría otra forma lógica de comprender la aprobación del Estatuto de Roma dictada por el Tribunal Constitucional y por el Congreso Nacional,⁴⁵ puesto que taxativamente han convenido los Estados parte “que el presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial [...] 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”.⁴⁶ Por tanto, el juez penal nacional que trami-

⁴⁴ Arts. 23 n° 2, y 120 de la Constitución.

⁴⁵ Arts. 96, 130, 137 n° 10 de la Constitución y el art. 16 de la Ley de Elecciones.

⁴⁶ Arts. 27, 21.3 del Estatuto.

te un proceso por los delitos contra el derecho internacional establecidos en el Estatuto de Roma, no estaría obligado a seguir las disposiciones del Código de Procedimiento Penal para obtener tales autorizaciones; con mayor razón y sin que quepa duda, tampoco la Corte Penal Internacional, ya que por la aprobación y ratificación del Estatuto de Roma se ha aceptado que no operan tales inmunidades y privilegios, en mérito de las disposiciones consagradas por el *jus cogens*, y debido a que la comunidad internacional en varias declaraciones multilaterales defiende la vigencia de los derechos humanos.

En conclusión, en el enjuiciamiento penal deben observarse no solo los principios fundamentales consignados en el Estatuto, sino también las garantías reconocidas en los diversos sistemas jurídicos. Para el caso ecuatoriano, tienen que aplicarse las garantías constitucionales, incluidas las del debido proceso y las desarrolladas en la legislación secundaria.⁴⁷

La “entrega de personas solicitadas por la Corte Penal Internacional, en el caso de un nacional”⁴⁸ no puede confundirse con la extradición activa que prohíbe la Constitución.⁴⁹ Como bien se argumenta, la CPI es un tribunal supranacional reconocido por el Ecuador, que hace el juzgamiento del nacional, situación distinta a entregarlo a otro Estado para que sea juzgado, que precisamente es la obligación que debe observar el Estado ecuatoriano para no conceder la extradición. No es convincente el argumento de que las instituciones de la “entrega” y la “extradición”, definidas en el Estatuto son diferentes, debido a que la “entrega”, para el juzgamiento o el cumplimiento de la pena, constituye la esencia de la extradición. Nuestra legislación regula al detalle la extradición.⁵⁰ Ha celebrado el Ecuador tratados bilaterales con Australia, Bélgica, Estados Unidos, España, Francia, Gran Bretaña, Chile, Brasil, Bolivia, Colombia, Kenia, Suecia, Suiza, Uganda, Tanzania y Perú; multilaterales con los países bolivarianos; y ha suscrito la Convención de Montevideo de 1937.

7. Incidencias de la aplicación del Estatuto de Roma y la legislación secundaria nacional

Además de los aspectos de roce con las normas constitucionales antes comentadas y con el pertinente desarrollo legislativo, en un proceso penal que tramite la Corte Penal Internacional se observaría la incidencia de las disposiciones sustantivas reguladoras de la ejecución de la pena privativa de libertad, con nuestra legislación, cuando la realice como Estado de ejecución o cuando el reo sea nacional; en este

⁴⁷ Arts. 23, 24, 192, 193, 194 de la Constitución.

⁴⁸ Arts. 101 y 102.a del Estatuto.

⁴⁹ Art. 25 de la Constitución.

⁵⁰ Art. 7 de Código de Procedimiento Penal, art. 6 del Código Penal, art. 4 de la Ley de Extranjería, arts. 345 y 353, 344, 361 y 362 del Código de Sánchez de Bustamante.

último caso, las indemnizaciones que surgirían a favor de las víctimas y afectados —para algunos, la misión fundamental del derecho internacional humanitario—, por el carácter de ley especial y de mayor jerarquía, se impone el Estatuto de Roma sobre las normas penales y del Código de Ejecución de Penas.⁵¹ Las normas procesales nacionales también seguirían la misma suerte, pero tendrían carácter supletorio, en el evento de que el Estatuto de Roma no previera la situación o dispusiere expresamente remitirse al derecho interno, como sucedería en la ejecución de la orden de detención y la determinación de la autoridad judicial ante quien sería llevado,⁵² lo que equivaldría a la ejecución de la orden de prisión preventiva. En el Ecuador, la libertad individual constituye una garantía del debido proceso; solo por excepción se puede ser privado de libertad mediante orden escrita de juez competente;⁵³ en consecuencia tendría que observarse que la orden le sea aplicable; que se haya llevado conforme a derecho y respetando los derechos del imputado, esto es, que reúna los requisitos legales que consisten en “indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”, que la solicitud de la Corte Penal Internacional complete los datos formales exigidos;⁵⁴ y que los agentes policiales observen hasta las normas reglamentarias,⁵⁵ siempre y cuando se persigan las infracciones al artículo 5 del Estatuto. La solicitud de detención y de entrega que presentare la Corte Penal Internacional, puede hacerse a cualquier juez penal —incluido el presidente de la Corte Suprema—, en atención a que el Estado ecuatoriano no ha fijado la vía diplomática como conducto para la cooperación,⁵⁶ funcionando el derecho orgánico interno.⁵⁷ Tampoco cabría aplicar la “sustitución” de tal medida, que contempla nuestra legislación ordinaria nacional,⁵⁸ por no estar prevista en el Estatuto; ni cabe, por los mismos motivos, la interposición del recurso de apelación, por no haber disposición expresa; solo procedería plantear la libertad provisional debido a “circunstancias urgentes y excepcionales y [...] ni existen salvaguardias necesarias”, cuya resolución corresponde a la Sala de Cuestiones Preliminares. Las solicitudes que podrían dirigirse directamente a la Organización Internacional de la Policía Criminal o de cualquier organización regional competente, o evocando algo parecido a la orden de prisión europea, referentes al apremio físico, en el Ecuador solo se podrían ejecutar previa orden de la Función Judicial

⁵¹ Arts. 103, 104, 105, 106, 107 y 109 del Estatuto.

⁵² Art. 59 del Estatuto.

⁵³ Art. 24 n° 6 de la Constitución.

⁵⁴ Arts. 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal.

⁵⁵ Arts. 2 y 3 del Reglamento de la Policía Judicial.

⁵⁶ Art. 87.1.a del Estatuto.

⁵⁷ Art. 64 n° 4 de la ley orgánica de la Función Judicial, y art. 27 n° 3 del Código de Procedimiento Penal.

⁵⁸ Art. 171 del Código de Procedimiento Penal.

nacional y no directamente de policía a policía, ya que se violaría derechos del imputado, además porque entre las atribuciones de la Oficina Central Nacional de la Interpol en el Reglamento de la Policía Judicial, no se encuentra una para actuar de esa forma.⁵⁹ Finalmente, el detenido debe ser puesto “sin demora ante autoridad judicial competente del Estado de detención”, esto es, ante el juez penal que recibe el exhorto para colaborar en la ejecución de la orden de detención dispuesta por la Corte Penal Internacional.

La práctica de pruebas, otra forma de exigir colaboración al Estado parte, en nuestro caso deberá dirigirse a la Función Judicial —respetando los principios constitucionales de independencia y de atribución exclusiva, de administrar justicia—, mediante el exhorto a un juez penal, que está facultado “para la práctica de actos probatorios urgentes”,⁶⁰ interviniendo por supuesto las partes procesales y hasta el Ministerio Público, siguiendo necesariamente el juez comisionado las Reglas de Procedimiento y Prueba⁶¹ expedidas, pudiendo tener de referencia la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero.⁶² Mención especial merece el respeto al derecho y a las prerrogativas que tienen los abogados ecuatorianos en el ejercicio profesional, como sería el supuesto de representar a clientes imputados o condenados por la Corte Penal Internacional o a víctimas y otros afectados, los que para desempeñar el patrocinio o defensa deberán registrarse ante ella, entendiéndose que deben llenar los requisitos legales del Estado parte; en todo caso, no puede ser un círculo exclusivo de letrados radicados en la sede los que monopolicen el patrocinio, y los registrados estarían autorizados a realizar las gestiones defensivas ante los jueces nacionales que conozcan o reciban los exhortos u otras formas de requerimiento de colaboración, sin que tengan que cumplir otros requisitos, como los de homologación y revalidación de títulos.

En resumen, no creemos necesaria la expedición de una ley que establezca la forma de colaboración del Estado Ecuatoriano, ya que, insistimos, debe respetarse la independencia de la Función Judicial, que no puede ser intervenida camufladamente vía diplomática por la Función Ejecutiva; tampoco cabe que el Ministerio Público o la Policía Judicial realicen la actividad probatoria —facultad del juez es practicarla—, que es diferente a la introducción de elementos de convicción, que corresponde a la Fiscalía.⁶³ Tal vez una reforma a la Ley de Extradición, que regule la entrega del nacional a la CPI, facilitaría llenar cualquier vacío legal al respecto.

⁵⁹ Art. 104 y 105 del Reglamento de la Policía Judicial.

⁶⁰ Art. 27 n° 2, y 210 del Código de Procedimiento Penal.

⁶¹ Art. 21 del Estatuto.

⁶² R.O. n° 865: 12.08.75, y R.O. n° 334: 08.05.79 y 03.05.82.

⁶³ Arts. 79, 210, 214, 27 n° 2 del Código de Procedimiento Penal.

8. Los crímenes del derecho internacional penal tipificados en el Estatuto de Roma y en la legislación nacional⁶⁴

Estos delitos generan responsabilidad internacional penal individual, independientemente de la intervención del Estado. Se elabora No se elabora la definición del crimen de agresión y de las condiciones para la represión por la CPI, pese a que existen antecedentes internacionales que lo describen.⁶⁵ Otro aspecto pendiente de aprobación por la Asamblea de los Estados parte, tal vez en un protocolo adicional, son “los elementos de los crímenes” que reprime el Estatuto de Roma, que será una especie de interpretación auténtica de las disposiciones que describen los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, y que además desarrollarán la casuística,⁶⁶ que con la norma sobre el “elemento de intencionalidad” —definen “la intención” y “el conocimiento” del sujeto activo—,⁶⁷ precisan las normas de imputabilidad.

8.1. *Genocidio*

Se encuentra descrito y establecidas las diversas formas de perpetrarlo, fijados los sujetos, activo y pasivo, y la obligación de sancionarlo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Además, el Estatuto de Roma lo tipifica y reprime; es intencional, el sujeto activo tiene conciencia de “destruir total o parcialmente a un grupo” específico: nacional, étnico, racial o religioso. Presenta cinco modalidades para cometerlo: matanza, lesión grave a la integridad física o mental, sometimiento a condiciones que acarreen su destrucción física total o parcial, impidiendo su reproducción o nacimientos, y el traslado forzado de sus niños.⁶⁸ Pueden juzgarlo los jueces penales nacionales y el supranacional: la Corte Penal Internacional.

8.2. *Crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad*

Se los diferencia recién a partir del Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg, desligándose de la conexión de los crímenes de guerra y crímenes contra la paz. En forma general presenta, entre otros elementos, ser intencional, y el sujeto activo tiene conciencia de ejecutar “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”.⁶⁹ Presenta las modalidades siguientes:

⁶⁴ INREDH. Aproximadamente a la Justicia Internacional.

⁶⁵ Art. 5.1.d del Estatuto.

⁶⁶ Art. 9 del Estatuto.

⁶⁷ Art. 30 del Estatuto.

⁶⁸ Art. 6 del Estatuto.

⁶⁹ Art. 7 del Estatuto.

8.2.1 *Delito de lesa humanidad de asesinato.* Se halla descrito y reconocido el sujeto activo con elementos propios, y el sujeto pasivo, y se adquiere la obligación de sancionarlo en la Declaración de Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. El Estatuto de Roma lo tipifica y reprime; como el anterior, es imprescriptible la acción y pena; se relaciona con el del Código Penal (artículo 448), el Código Penal Militar (artículos 170 a 178), el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 227 y 228), y el Código de Procedimiento Penal (artículo 5). Tienen competencia la jurisdicción penal ordinaria del Ecuador y la convenida de la CPI.

8.2.2 *Delito de lesa humanidad de exterminio.* Sólo tipificado y reprimido en el Estatuto de Roma.

8.2.3 *Delito de lesa humanidad de esclavitud.* Se halla definida la esclavitud, los sujetos, activo y pasivo, en la Convención sobre la Esclavitud y la Trata de Esclavos, como el compromiso de sancionar en la legislación interna en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Se encuentra tipificado y reprimido, y señalados los sujetos en el Estatuto de Roma. Específicamente no aparece legislado, pero puede ser juzgado sobre la base del Convenio y de otras leyes secundarias.

8.2.4 *Delito de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población.* En el Estatuto de Roma solamente se encuentra descrito y tipificado, señalados los sujetos, activo y pasivo, la imprescriptibilidad de la acción y pena; por tanto puede ser juzgado por jueces nacionales y por la Corte Penal Internacional.

8.2.5 *Delito de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.* En nuestro ordenamiento jurídico, igualmente solo el Estatuto de Roma lo tipifica y reprime, y determina los sujetos. Se relaciona con el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 142 a 144).

8.2.6 *Delito de lesa humanidad de tortura.* Se define, se compromete a perseguir y a buscar la reparación, e indican los sujetos, activo y pasivo, en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. Además, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Denigrantes, se lo describe y se obliga a sancionar en la legislación interna, señalando los sujetos. El Estatuto de Roma lo tipifica y reprime, relacionándose con el Código Penal (artículos 187 y 104, 205, 206, 213, 214) y el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículo 45).

8.2.7 *Delito de lesa humanidad de violación.* Se describe en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. El Estatuto de Roma lo tipifica y reprime, identifica a los sujetos, consagra la imprescriptibilidad de la acción y pena. Se relaciona con el Código Penal (artículo 12), la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia (artículo 2) y el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 265 a 268).

8.2.8 *Delito de lesa humanidad de esclavitud sexual*. Se describe la violencia y la explotación de la prostitución en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El Estatuto de Roma lo describe y reprime, señala los sujetos y la imprescriptibilidad de la acción y la pena. Se relaciona con el Código Penal (artículos innumerados después del artículo 528).

8.2.9 *Delito de lesa humanidad de prostitución forzada*. Se describe en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, encontrándose también elementos en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y en la Declaración y Plataforma de Acción de Viena. Se compromete a la sanción en la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El Estatuto de Roma lo tipifica y reprime, fija los sujetos, señala la imprescriptibilidad de la acción y la pena. Se relaciona con el Código Penal (artículos innumerados después del artículo 528).

8.2.10 *Delito de lesa humanidad de embarazo forzado*. Solo el Estatuto de Roma lo tipifica y sanciona, para el caso ecuatoriano.

8.2.11 *Delito de lesa humanidad de esterilización forzada*. Igualmente lo norma el Estatuto de Roma.

8.2.12 *Delito de lesa humanidad de abusos sexuales*. Se describe y sanciona en el Estatuto de Roma, con los demás elementos indicados. Se relaciona con el Código Penal (artículos 505 a 507 y los artículos innumerados a continuación del artículo 528) y el Código Penal de la Policía Nacional (artículos 259 a 261).

8.2.13 *Delito de lesa humanidad de persecución*. Solo legislado en el Estatuto de Roma. Se relaciona con el Código Penal (artículos innumerados después del título II del libro II, artículos 167, 173, 174, 175 y 178) y el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 137 a 140).

8.2.14 *Delito de lesa humanidad de desaparición forzada de personas*. Se describe y señala los sujetos y las obligaciones de sancionar y establecer responsabilidad civil, en la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Se regula en el Estatuto de Roma.

8.2.15 *Delito de lesa humanidad de apartheid*. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid lo describe en sus varias formas, se especifican los sujetos y la obligación para perseguir, enjuiciar y castigar. El Estatuto de Roma lo tipifica y reprime, señala los sujetos y la imprescriptibilidad de la acción y la pena. Se relaciona con el Código Penal que lo reprime (capítulos innumerados agregados al título II del libro II).

8.2.16 *Delitos de lesa humanidad de otros actos inhumanos*. Se describe en parte en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y

Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, también señala los sujetos. Pero mejor descritos se hallan en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, estableciéndose obligaciones de educar e investigar la tortura. El Estatuto de Roma lo tipifica y sanciona, fija los sujetos y la responsabilidad de jefes y otros superiores, y la imprescriptibilidad de acción y pena. Se relaciona con el Código Penal (artículos 187, 204, 205, 206, 213, 214) y con el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículo 145).

8.3. Los crímenes de guerra

Los elementos teóricos para humanizar la guerra surgieron en las Conferencias de Ginebra de 1864, la Declaración de San Petersburgo de 1868 y las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907. Se consolidan a partir de la Segunda Guerra Mundial, en que se los diferencia y se señalan los métodos y prácticas de combate que producen grandes estragos, que aparecen en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, el Estatuto del Tribunal de Tokio, los Convenios y Protocolos Adicionales de Ginebra, el Estatuto ad Hoc del Tribunal para Ruanda y el Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Se presentan en dos modalidades:

8.3.1 Crímenes de guerra con conflictos armados de índole internacional. Somos signatarios de los Convenios de Ginebra I, II, III, IV, V y VI y el Protocolo Adicional I, en que se describen tales delitos, y se adquiere la obligación para legislarlos internamente —que ha cumplido el Ecuador—, y el compromiso de asistencia judicial que toman los Estados parte. El Estatuto de Roma lo describe en sus diversas clases y fija los sujetos, las responsabilidades y la imprescriptibilidad de la acción y la pena. El sujeto activo actúa intencionalmente en tiempos de guerra, tiene conciencia de “los actos contra personas o bienes protegidos por las cuatro Convenciones de Ginebra” del 12 de agosto de 1949. Se relaciona con el Código Penal Militar (artículo 98), describe treinta y tres formas de perpetrarlos, la represión con reclusión y los casos en que se sanciona con prisión, y se relacionan con el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 116, 117 y 118).

8.3.2 Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales. Sobre la base de las Convenciones de Ginebra y Protocolo Adicional II, el Estatuto de Roma los describe y reprime⁷⁰ en la misma forma ya comentada; establece veinticinco clases de perpetración. Se relaciona con el Código Penal Militar (artículos 1, 99, 98) y el Código Penal de la Policía Civil Nacional (artículos 121, 116, 117 y 118).

9. A manera de conclusiones

9.1 Nadie discute que debe consolidarse la CPI, creada en el Estatuto de Roma, y lograrse la ratificación de la mayor cantidad de Estados parte, así como de los

⁷⁰ Art. 8 del Estatuto.

Protocolos Adicionales. Además, simultáneamente debe trabajarse en varios frentes para la implementación de todos los reglamentos pendientes de aprobación, como de los protocolos adicionales. Igualmente se debe concluir la tipificación de los delitos de agresión. También se hace indispensable comprometer a todos los Estados parte a tipificar nuevas figuras delictuales, que protejan bienes jurídicos que interesen a todos los hombres o a la especie humana, así los ataques masivos al entorno ecológico o planeta; el terrorismo que en sus fases preparatoria y de ejecución lleve secuencia directa e inmediata en el territorio de varios Estados; los daños al uso pacífico y ordenado del espacio sideral próximo, y a la identidad genética.

9.2 La naturaleza jurídica del Estatuto de Roma es de un tratado internacional fruto de la voluntad soberana de los Estados parte, que refleja los intereses particulares de ellos para tipificar y reprimir algunas conductas antijurídicas, que se han presentado desde los inicios de las luchas por el poder o la dominación en el interior de los Estados o en la relación entre Estados, que ahora reconoce la comunidad internacional, y ha establecido la responsabilidad penal individual.

9.3 La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno de los Estados parte se define por los actuales intereses particulares, situaciones históricas, realidad constitucional y hasta por la mayor o la menor expresión de soberanía que tienen; por tanto, la conciencia pública mundial es la que debe ser movilizada para lograr su real vigencia, y la debilidad de esta retrasará la consolidación de un tribunal universal, otro mecanismo para llegar a la utopía —cada vez más próxima— del Estado mundial.

9.4 En el caso ecuatoriano no se hace imprescindible la expedición de una ley para la implementación del Estatuto de Roma en el régimen jurídico, por cuanto constituía un requisito indispensable para la aprobación y ratificación de dicho tratado, la declaratoria del Tribunal Constitucional de la compatibilidad con la Constitución, y al haber sido publicado, pasa a integrar el ordenamiento jurídico nacional, teniendo igual jerarquía que el mandato constitucional y prevaleciendo sobre la legislación secundaria interna en el evento de conflicto.

9.5 La globalización económica que para algunos expresa la globalización de la violación de los derechos humanos, obliga a entender a la CPI como un tribunal supranacional, reconocido por el Estado parte, que pronto deberá transformarse en el juzgador ante quien los hombres y grupos humanos puedan exigir de manera directa e inmediata el ejercicio y el respeto de los derechos humanos que protege el Estatuto de Roma —que aspiramos incluya otros derechos inminentes de la especie humana, para lo cual se deberá movilizar a la conciencia pública mundial y nacional—, debiendo servir no sólo como mecanismo para combatir la impunidad dado el poder de los delincuentes, sino también como una de las maneras de impedir la entronización de cualquier hegemonía mundial, que ponga en riesgo la misma existencia de la comunidad internacional.

PARAGUAY / Carmen Montanía y Jorge Rolón

1. Introducción

Si bien las discusiones acerca de los aspectos filosóficos, históricos o doctrinarios de los derechos humanos aún tienen importancia, podemos decir que su cariz político y jurídico es el que reclama hoy en día mayores esfuerzos de los Estados y de la comunidad internacional. En otras palabras, los derechos humanos, en lugar de ser un problema teórico, han pasado a ser un problema de orden práctico, o dicho de otra forma, el problema radica en cómo hacer que en esta etapa de universalización de los derechos humanos, ellos se realicen efectivamente, tal y como son proclamados en constituciones, declaraciones, convenios internacionales y leyes. Por lo tanto, la principal dificultad de nuestros días no radica en su fundamentación sino en su protección y promoción. Al decir de Norberto Bobbio,

No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza, y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos y relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.¹

La República del Paraguay ha fundamentado históricamente sus relaciones externas en el derecho internacional. Desde esa perspectiva, el Estado paraguayo ha acompañado desde el inicio mismo, al igual que otros 160 países, las tratativas para

¹ Citado en Máximo Pacheco G., *Los derechos fundamentales de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, setiembre de 1990, p. 16.

el establecimiento de un organismo supranacional que juzgue y condene las más graves violaciones contra los derechos fundamentales de la persona humana, a saber: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Como resultado de esta política exterior de Estado, la República del Paraguay apoyó la creación de la Corte Penal Internacional, y lo testimonió cuando participó el 17 de julio de 1998, con otros 119 Estados, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, en la que se adoptó el Estatuto, que luego se firmó el 7 de octubre de 1998. Los negociadores paraguayos reconocieron la necesidad de la comunidad internacional de organizarse jurídicamente para la existencia de un Estado de derecho en ese ámbito, como así también la importancia de la creación de un tribunal penal estable y permanente, no como sus antecesores, que eran ad hoc, y la definición clara de los crímenes internacionales; por lo que recomendaron su aprobación por el Congreso de la República, la cual se hizo efectiva con la ley n° 1.663 del 17 de abril de 2001 y con el depósito del instrumento de ratificación ante la Subsecretaría General de las Naciones Unidas, el 14 de mayo de 2001, cuando Paraguay fue el segundo país latinoamericano en hacerlo.

Inherente a la adhesión de los Estados a la Corte Penal Internacional, surge como tarea inaplazable de estos la adopción de medidas legislativas que aseguren el adecuado funcionamiento del sistema y el cumplimiento de los compromisos derivados del Estatuto de Roma.

Por ello, en virtud del decreto del Poder Ejecutivo n° 19.685, de 10 de diciembre de 2002, se ha conformado una comisión interinstitucional para el estudio y evaluación de la legislación vigente referente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo objetivo es “realizar estudios jurídicos y técnicos necesarios para la elaboración de los proyectos legislativos que considere pertinentes para adecuar las normas del derecho interno a las disposiciones del Estatuto de Roma”. Esta comisión está integrada por un representante titular y un representante alterno de los ministerios de Relaciones Exteriores, Defensa Nacional y Justicia y Trabajo, y deja abierta la posibilidad de convocar a representantes del Poder Judicial, Ministerio Público y organizaciones no gubernamentales.

De acuerdo con el decreto mencionado, la comisión debía elevar dentro de los noventa días de su creación sus conclusiones y recomendaciones con el anteproyecto de ley requerido para adecuar la legislación nacional vigente a las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cosa que hasta ahora no ha sucedido.

De la misma forma, no existe en este momento en estudio, en el Congreso de la Nación, anteproyecto de ley alguno ni equipo de expertos que se encuentren trabajando en el tema que nos ocupa.

En este contexto se puede decir que el entusiasmo estatal por dar los pasos necesarios para ser Estado parte de la Corte Penal Internacional, se encuentra hoy estacionado,

lo cual confirma una constante histórica, como la mencionada en el informe argentino,² en el sentido de que la ratificación de convenios internacionales de derechos humanos no ha originado precisamente reformas en la legislación interna.

2. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional

Con la ratificación de los más importantes convenios internacionales en la materia, el Paraguay no sólo ha reconocido la necesidad de protección internacional de los derechos humanos, sino que ha aceptado la tipificación y persecución de ciertos crímenes que anteriormente no figuraban en su legislación interna, y la existencia de órganos internacionales de control para el cumplimiento efectivo de las obligaciones contraídas. Se podría decir que el compromiso de persecución y juzgamiento de crímenes internacionales por autoridades locales ha ido evolucionando paulatinamente y se ha fortalecido con la reciente ratificación del Estatuto de Roma. Sin embargo, en Paraguay, como en otros países sudamericanos, no es posible el juzgamiento de personas con base exclusiva en tipos penales recabados de la costumbre internacional o de convenciones internacionales,³ en este último caso porque sus disposiciones no son de aplicación directa, lo que evidencia la necesidad de la creación de una comisión para el estudio del Estatuto. Aun así, la represión es posible debido a que el ordenamiento jurídico paraguayo contiene algunas normas que los tipifican expresamente y que fueron sancionadas con anterioridad al Estatuto, no en la forma de una codificación especial, como en Alemania, sino en el Código Penal del 26 de noviembre de 1997, y existe la posibilidad, aunque parcial, de recurrir directamente en el ámbito interno a figuras penales del derecho internacional.

2.1. La aplicabilidad del derecho internacional en el ámbito interno

La participación paraguaya como miembro de la comunidad internacional adquirió un dinamismo renovado en los primeros meses de 1989. Luego de la caída de Stroessner, en febrero de ese año, el primer acto legislativo del Congreso elegido democráticamente fue la aprobación de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica (ley n° 1/89), que significó un compromiso renovado de la República del Paraguay con la sociedad internacional, luego de más de treinta años de

² Ambos-Malarino, p. 36.

³ Véase, sin embargo, una jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mencionada más adelante, que declaró la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la vigencia de la Constitución de 1967, aunque la imprescriptibilidad no estaba prevista expresamente en ella, sustentada en la disposición constitucional de respeto de los principios de derecho internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Resolución n° 2391/68 de la ONU (acuerdo y sentencia n° 585/1996).

dictadura, concluida la cual fueron ratificados prácticamente la totalidad de los tratados de derechos humanos.

El cambio político y la nueva postura asumida desde entonces por el Estado contribuyeron a que en la Constitución de 1992 se plasmaran varios derechos y principios desconocidos en la Constitución de 1967 e ingresaran, aunque tímidamente, al campo de la discusión política, jurídica y académica, los sistemas de protección nacional y sobre todo internacional de los derechos humanos.⁴ Un gran avance, a casi doce años de la sanción de la Carta Magna,⁵ es que víctimas de torturas de la época stronista han sido indemnizadas, con lo cual se hizo efectiva la aplicación de la ley n° 838/96, de Indemnización a las Víctimas de la Dictadura de 1954-1989, y su modificatoria de ley n° 1935/2002, postergada hasta entonces y la cual se funda en las convenciones contra la tortura de la OEA y de la ONU, ratificadas en 1990.

Actualmente el Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los principios de solidaridad y cooperación internacional, la protección internacional de los derechos humanos y la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo y renuncia a la guerra (aunque sustentando el principio de la legítima defensa) (artículos 143 y 144 de la Constitución). La República, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional (por primera vez se regula lo concerniente a un órgano supranacional en una Constitución de la República) que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural, decisiones que solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso (artículo 145).

La integración del derecho internacional al ordenamiento interno está prevista en la Ley Fundamental en los artículos 137 y 141. El derecho internacional ingresa en el ámbito interno a través de una ley, según la concepción del modelo dualista, es decir que los tratados y convenios (no taxativamente enunciados) a los efectos de su aplicabilidad y exigibilidad necesariamente deben transformarse en leyes nacionales siguiendo el procedimiento previsto de aprobación y ratificación, en el orden de prelación siguiente: Constitución, tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía que integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

La pirámide constitucional sitúa los convenios internacionales por encima de las leyes, y los de derechos humanos en una escala aún superior (cuasiconstitucional, como lo indica Almirón, p. 199) a la de los tratados en general, al condicionar su denuncia, artículo 142, a los procedimientos que rigen para la enmienda de la Cons-

⁴ Villagra, p. 218.

⁵ El 6 de abril de 2004 fueron indemnizadas 34 personas, por un total de 1.559.580.000 guaraníes.

titución. La consecuencia de esta prelación reside en que si un convenio internacional aprobado por el Congreso entra en conflicto con una ley anterior, se produce la derogación expresa o tácita y cuando una ley posterior contradice un tratado, los órganos jurisdiccionales necesariamente deben aplicar el tratado en cuestión.

Concordamos con Villagra, p. 228, en que el reconocimiento de un orden jurídico supranacional supone la preexistencia de un sistema de protección internacional de derechos humanos anterior a la misma Constitución y aunque el orden de prelación indica un nivel infraconstitucional a los tratados de derechos humanos, su violación supone para el Estado incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento.

2.2. *La incorporación del derecho penal internacional al ámbito interno*

El ordenamiento jurídico paraguayo contiene normas penales sobre crímenes internacionales. En la legislación interna encontramos normas constitucionales en materia de protección derechos humanos sobre la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y la imprescriptibilidad de las figuras como genocidio, tortura, desaparición forzosa de personas, secuestro y homicidio por razones políticas (artículo 5) y concretamente, como se señaló anteriormente, en el *Código Penal*.

2.2.1. *Genocidio*

El delito de genocidio aparece regulado por primera vez por la Constitución de 1992, posteriormente por el Código Penal de 1998 y, finalmente, con la promulgación de la Ley nº 1.748/2001,⁶ que aprueba la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. El Código Penal lo tipifica en el artículo 319 de la parte especial “De los Hechos Punibles contra los Pueblos”. El siguiente cuadro comparativo describe la regulación de la figura en los distintos cuerpos normativos.

⁶ Esta Convención fue suscripta por el Paraguay en 1948 y entró en vigor el 1º de enero de 2002.

Convención sobre Genocidio, ley n° 1.748/2001, art. 2	Estatuto de Roma, art. 6	Código Penal, art. 319 ⁷
Actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo, nacional, étnico, racial o religioso	Actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo, nacional, étnico, racial o religioso	El que con intención de destruir, total o parcialmente una comunidad o grupo nacional, étnico, religioso o social
1. matanza de miembros de grupos	1. matanza de miembros de grupos	1. matara a miembros del grupo
2. lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo	2. lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo	2. lesionara gravemente a miembros del grupo
3. sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial	3. sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial	3. sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente
4. medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo	4. medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo	4. impusiera medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo
5. traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	5. traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo	5. trasladara por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual
		6. forzara a la dispersión de la comunidad
		7. imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres

La tipificación en el derecho paraguayo es más amplia e incluso comprende otras modalidades diferentes a las previstas en la regulación internacional.

En el supuesto previsto en el número 3 incluye también a tratamientos inhumanos. El número 5 comprende el traslado por la fuerza y por la intimidación, no limitado a niños sino también de adultos, abarcando el desplazamiento forzoso, lo que supone que nuestro derecho no considera exclusivamente la forma de genocidio biológico y físico sino también la expulsión que supone la eliminación de un grupo de un determinado territorio, aunque no se eliminara totalmente su existencia física. El

⁷ La estructura del artículo ha sido modificada, en cuanto a la ubicación de los numerales, a los efectos del cuadro comparativo.

genocidio cultural, relacionado con actos cometidos con la intención de impedir a los miembros del grupo utilizar su idioma, practicar su religión o realizar las actividades culturales propias del grupo previsto en el número 7 del Código Penal no está incluido en el Estatuto ni en la Convención.

La sanción asignada a este hecho punible es una pena privativa de libertad no menor de cinco años, lo que implica que el marco penal es de 5 a 25 años, en consideración a la duración máxima de la pena prevista en el artículo 38 del Código Penal y donde la individualización de la pena deberá realizarse conforme con los criterios señalados en el artículo 65, que determina las bases de la medición de la pena.

El artículo 240, inciso 1, número 7, capítulo IV, “Hechos Punibles contra la Seguridad de la Convivencia de las Personas”, regula la responsabilidad del que omite el aviso de un hecho punible, bajo la forma de delito impropio de omisión:

El que en un tiempo que permita evitar la ejecución o el resultado, tomara conocimiento del proyecto o de la ejecución de:

[...]

7) un genocidio o un crimen de guerra conforme a los artículos 319 y 320, y omitiera avisar oportunamente a las autoridades o al amenazado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

También reglamenta la sanción de la omisión culposa de aviso (inciso 2º), la exención de la obligación del clérigo que haya tomado conocimiento en su carácter de sacerdote (inciso 3), la cual no se aplicará a los abogados defensores, médicos en caso de genocidio (inciso 4), la atenuación o prescindencia de la pena cuando la ejecución del proyecto no haya sido intentada (inciso 5), la no punición cuando el omitente haya evitado el resultado de otra manera (inciso 7).

El artículo 14 de la ley nº 222/93, orgánica de la Policía Nacional, establece que la pérdida del estado policial no implica la privación de los derechos adquiridos para los haberes de retiro, los derechos del retirado, ni la pensión que pueda corresponder a sus herederos, salvo que la causal sea la prevista en el número 1 del artículo anterior (pérdida de la nacionalidad o ciudadanía) o que la condena firme ejecutoriada se refiera a los delitos de *genocidio*, *tortura*, *peculado*, *violación*, *desaparición forzosa de personas* y *homicidio por razones políticas* (las cursivas son nuestras).

2.2.2. Crímenes contra la humanidad

Estos crímenes no se encuentran expresamente tipificados como tales en la legislación paraguaya y la vigencia del principio de legalidad para el establecimiento de figuras delictivas y sus respectivas penas (artículo 1 del Código Penal) impide aplicar directamente el derecho internacional consuetudinario o la ley por la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, puesto que esta no contiene sanciones. En tanto no se produzca el cambio del Código Penal que incluya la tipificación y sanción expresa de los crímenes contra la humanidad como tales, a falta de

tipo específico, la única forma de castigarlos es recurrir a las figuras del derecho penal común, legisladas en la parte especial, con las dificultades que esa adaptación origina.

Estatuto de Roma, art. 7	Código Penal
a. Asesinato	Art. 105. Homicidio doloso
b. Exterminio	
c. Esclavitud	
d. Deportación o traslado forzoso	Art. 125. Extrañamiento de personas
e. Encarcelación u otra privación grave de libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional	Art. 124. Privación de libertad
f. Tortura	Art. 309. Tortura
g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización	Arts. 123, 128, 129, 130. Coacción sexual, trata de personas, abuso sexual
h. Persecución de un grupo o colectividad	
i. Desaparición forzada de personas	Art. 124. Privación de libertad; art. 236, inc. 2. Desaparición forzada ⁸
j. Crimen de apartheid	
k. Otros actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten contra	

Estos tipos penales no contienen el requisito de que el acto se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, como prescribe el artículo 7 del ECPI.

La desaparición forzada tipificada en el artículo 236, inciso 2, del Código Penal no menciona la exigencia de privación de libertad cualquiera que sea su forma seguida de la falta de información o de la negativa de informar sobre el paradero de la persona, prescrito por el artículo 2 de la Convención Interamericana; en aquel solo se tipifica la ocultación o la no facilitación de datos sobre el paradero de una persona o de un cadáver.

2.2.3. *Crímenes de guerra*

Antes de la sanción del Código Penal paraguayo de 1998, este tipo de crímenes pertenecía exclusivamente al ámbito penal militar, aunque no tenía el alcance y las características actuales.

⁸ El Paraguay ha aprobado por ley n° 933, del 20 de agosto de 1996, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El artículo 320 del Código Penal, adaptándose a la normativa internacional de los Convenios de Ginebra y de Protección de los Bienes Culturales, tipifica los crímenes de guerra:

El que violando las normas de derecho internacional en tiempo de guerra, de conflicto armado o durante una ocupación militar, realizara en la población civil, en heridos, enfermos o prisioneros de guerra, actos de:

1. homicidio o lesiones graves;
 2. tratamientos inhumanos, incluyendo sujeción a experimentos médicos o científicos;
 3. deportación;
 4. trabajos forzados;
 5. privación de libertad;
 6. coacción para servir en las fuerzas armadas enemigas; y
 7. saqueo de la propiedad privada y su deliberada destrucción, en especial de bienes patrimoniales de gran valor económico o cultural,
- será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

Estos incisos corresponden al artículo 8, inciso 2.a, sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra contra personas o bienes protegidos: i, ii, iii, iv, v, vii (están excluidos el vi y el viii). Del artículo 8, inciso 2.b, sobre violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales en el marco del derecho internacional: i, ii, iii, iv, v, vi, vii, ix, xii, xiv, xv, xvii, xviii, xix, xx, xxiii, xxiv, xxv, xxvi. Con respecto al artículo 8, inciso 2.c, sobre conflictos armados que no sean de índole internacional contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluyendo miembros de fuerzas armadas que hayan depuesto las hostilidades: iv. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional: i, iii, iv, v, vi, vii, viii, ix, x, xi, xii.

El Código Penal Militar de 1980, en el libro segundo, trata de las disposiciones relativas al tiempo de guerra, tipifica delitos de incendio, devastación y delitos contra la autoridad pública, estupro, rapto y otros actos deshonestos, saltamiento, rapiña, saqueo, imposiciones arbitrarias y pillaje.

2.2.4. *Crimen de agresión*

Bajo el título de “Delitos contra el derecho internacional” sanciona el artículo 83 del Código Penal Militar con veinticinco años de prisión al que sin orden o autorización competente, atacase o mandare atacar con fuerza armada a las tropas o habitantes de una nación amiga, neutral o aliada, o cometiere cualquier otro acto de hostilidad manifiesta que expusiere al Paraguay a una declaración de guerra, si resultare declaración de guerra contra la República o como represalia, fuere causa de incendio, devastación o muerte de persona en Paraguay; el artículo 84 dispone la aplicación incluso de la pena de muerte, la cual fue suprimida por la Constitución de 1992.

El Código Penal tipifica en el título VII los hechos punibles contra el Estado, la preparación de una guerra de agresión. El artículo 271 dice:

1. El que preparara una guerra de agresión en la cual la República sea la agresora, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.
2. En estos casos será castigada también la tentativa.⁹

Es punible también la omisión de aviso de la comisión del hecho punible del artículo 271 (artículo 240, inciso 1, número 6).

Teniendo en cuenta que en el plano internacional no se ha llegado a un consenso sobre la definición de crimen de agresión y considerando la expuesta en la resolución 3314 [XXIX] de la Asamblea General de las Naciones Unidas como “uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier modo incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”, opinamos que la figura del artículo 83 del Código Penal Militar no se encuadra en el tipo penal de agresión porque este no incluye el requisito del ataque de un Estado a otro Estado, al sancionarse precisamente la conducta, no del Estado como tal, sino del personal de las Fuerzas Armadas que atacare, mandare atacar o realizare cualquier otro acto de hostilidad sin la orden o autorización, entiéndase del Estado paraguay. Por otro lado, el bien jurídico tutelado no es la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del otro Estado, sino que el Paraguay corra el peligro de una guerra; es decir, el bien jurídico protegido es la seguridad externa de la República. Se protege ese bien, en el caso del artículo 83, bajo la forma de peligro concreto y en el del artículo 85, se configura la lesión misma del bien jurídico mencionado.

En este mismo sentido, el artículo 271 tampoco se adecua al tipo penal de crimen de agresión porque constituye la preparación al uso de la fuerza; el hecho punible se consuma aún sin el advenimiento de una guerra y no se pretende resguardar la paz ni tutelar al Estado agredido, dado que el bien jurídico protegido es la existencia misma del Estado donde se producen los actos de preparación, con lo cual podría decirse que la legislación paraguaya, como en otros países latinoamericanos,¹⁰ no contiene tipificación de este crimen.

2.2.5. Otros tipos penales del derecho penal internacional dentro del derecho nacional

El artículo 8 del Código Penal establece otros tipos penales de derecho internacional a los cuales se extiende la aplicación de la ley penal paraguaya: 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 au-

⁹ En el anteproyecto de Código Penal se titulaba el artículo como “Preparación de una guerra de agresión” y junto al elemento de la preparación mencionaba que con la conducta “apeligrase la existencia de la República”.

¹⁰ Sobre este punto véase en Ambos-Malarino, *Persecución penal*, p. 580, nota al pie n° 19 y, en la misma obra, el informe de Venezuela, p. 545.

tenticidad de monedas y valores; hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional vigente, está obligada a perseguir aún cuando hayan sido realizados en el extranjero.

3. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

3.1. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

Como los jueces y tribunales aplican exclusivamente legislación paraguaya según el orden de prelación mencionado anteriormente (Constitución, artículo 137; Código de Organización Judicial, artículo 9), la jurisdicción penal se enmarca en el ámbito de aplicación de la ley penal de la República.

Las reglas de aplicación y los principios de conexión están contenidos en el Código de Organización Judicial (COJ), el Código Penal (CP), el Código Procesal Penal (CPP) y el Código Aeronáutico (CA).

El Código Penal recoge en la parte general, capítulo I sobre aplicación de la ley, disposiciones relativas al principio de territorialidad (artículo 6), de protección de intereses del Estado (artículo 7), de universalidad (artículo 8), y de personalidad o nacionalidad, justicia supletoria (artículo 9), y el principio de ubicuidad (artículo 13 inciso 3), los cuales deben analizarse en concordancia con el principio de la legalidad material.

El artículo 6 del Código Penal establece:

- 1.º La ley penal paraguaya se aplicará a todos los hechos punibles realizados en el territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves paraguayos;
- 2.º Un hecho punible realizado en el territorio nacional, y también en el extranjero, quedará eximido de sanción cuando por ello el autor haya sido juzgado en dicho país, y:
 1. absuelto, o
 2. condenado a una pena o medida privativa de libertad y ésta haya sido ejecutada, prescripta o indultada.

El inciso 1 determina la regla general sobre el ámbito de aplicación de la ley penal, reconociendo el principio de territorialidad complementado con el de territorio flotante o de la bandera, el cual se debe analizar en concordancia con el artículo 11, que define lo que debe entenderse sobre el lugar del hecho.

El artículo 7 del Código Penal dispone que la ley penal paraguaya se aplicará a los siguientes hechos realizados en el extranjero:

1. hechos punibles contra la existencia del Estado,
2. hechos punibles contra el orden constitucional,
3. hechos punibles contra los órganos constitucionales,
4. hechos punibles contra la prueba testimonial,
5. hechos punibles contra la seguridad de las personas frente a los riesgos colectivos,
6. hechos punibles realizados por el titular de un cargo público paraguayo, relacionado con sus funciones.

Este artículo, que enumera taxativamente los hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos paraguayos, introduce criterios de extraterritorialidad y admite la recepción del principio de protección de intereses del Estado o principio real o de defensa.¹¹

La disposición contenida en el número 1 no está restringida a los residentes en el país, lo que ha dado pie para que sea cuestionada, y calificada de desmesurada la amplitud adoptada al extender el ámbito de aplicación de la ley a los extranjeros no residentes en el Paraguay, que además pueden ser nacionales de un Estado en conflicto con el nuestro.¹² En cuanto al número 6 consagra el principio de personalidad o nacionalidad activa, por tener en cuenta la nacionalidad de autor y no la protección de bienes jurídicos.

El artículo 8 del Código Penal en su inciso 1º determina que la ley penal paraguaya se aplicará también a los siguientes hechos realizados en el extranjero:

1. hechos punibles mediante explosivos (*terrorismo*),¹³
2. atentados al tráfico civil aéreo y naval (*piratería*),
3. trata de personas,
4. tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas,
5. hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores,
6. genocidio,
7. hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional vigente, esté obligada a perseguir aún cuando hayan sido realizados en el extranjero.

La disposición condiciona, sin embargo, la aplicación de la ley penal paraguaya a que el autor haya ingresado al territorio nacional (inciso 2) y no esté excluida la punición en virtud de que 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).

Como se evidencia en este artículo, a diferencia de otros países latinoamericanos, en el ordenamiento jurídico paraguayo se especifican puntualmente los hechos punibles a los cuales habrá de aplicarse el principio de jurisdicción universal. El número 7 del inciso 1 deja incluso abierta la posibilidad de aquellos crímenes previstos en los tratados, como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, etc.

Es bueno señalar además que el Código introduce por primera vez en la legislación nacional la idea del principio procesal de *ne bis in idem* aplicada en el área internacional, dado que se toma en consideración, respecto al hecho punible, una condena ejecutada, prescripta o indultada en el extranjero.

¹¹ Bacigalupo, p. 51; cf. González, p. 88.

¹² González, p. 90.

¹³ Sobre terrorismo véanse las Convenciones suscritas por el Paraguay, mencionadas *ut supra*.

El artículo 9 del Código Penal enumera otros hechos realizados en el extranjero a los cuales se aplicará la ley paraguaya, sobre la base del 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*);¹⁴ 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*).¹⁵ 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 haya sido condenado a una pena o medida privativa de libertad, y la condena haya sido ejecutada, prescripta o indultada (artículo 6, inciso 2, del Código Penal).¹⁶ En estos supuestos se regula, por un lado, la aplicación de la ley penal paraguaya a hechos ocurridos en el extranjero y, por otro, la admisión de la legislación extranjera en el ámbito penal.

El inciso 3 del artículo 11 del Código Penal consagra el principio de ubicuidad, al determinar que la ley penal paraguaya es aplicable al partícipe de un hecho realizado en el extranjero, cuando él haya actuado en el territorio nacional, aún si el hecho careciera de sanción penal según el derecho vigente en el lugar en el que fue realizado.

En la aplicación de la ley penal paraguaya por tribunales paraguayos, el Código de Organización Judicial, en su artículo 24, en concordancia con el artículo 12, acepta el principio de territorialidad (artículo 24, primera frase) y los principios real o de defensa, y protección de intereses (artículo 24, segunda frase, y artículo 25) y personalidad pasiva (artículo 24, última parte). En el caso de que coexistan los dos criterios para la aplicación de los principios de territorialidad y del pabellón, si el hecho es cometido en un buque o aeronave de bandera paraguaya en territorio extranjero o los actos se cometen a bordo de un buque extranjero sobre territorio paraguayo, los tribunales nacionales serán competentes solo si se hubieren afectado intereses legítimos del Estado o de personas.

El artículo 32 del Código Procesal Penal extiende la jurisdicción a los hechos punibles cometidos en el territorio de la República, a los que produzcan efectos en él

¹⁴ Al respecto González, p. 100, se adhiere a la opinión dominante en el sentido de cuestionar la aplicación del criterio extensivo de nacionalidad, fundado en que no pueden invocarse las razones legitimantes de la aplicación del principio de la personalidad, cuando el autor a propósito extrae provecho de la situación. Según este son razones prácticas las que deben prevalecer para evitar la posible impunidad permitiendo que el sujeto sea juzgado en nuestro país, con base en la ley penal.

¹⁵ González, p. 102.

¹⁶ Cabe mencionar que en el inc. 2 del art. 9 se deslizó un error material, dado que en lugar de art. 5 inc. 2, debe decir art. 6 inc. 2, modificación que se propone en el proyecto de ley de erratas del Código Penal presentado a la Cámara de Senadores en el año 1999.

o en los lugares sometidos a su jurisdicción y los establecidos expresamente en la ley. El artículo 37, número 2, 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 Código Aeronáutico recoge también disposiciones relativas al principio de territorialidad (artículo 5.a), protección de intereses del Estado, de personalidad o nacionalidad (artículo 5.b, 6), principio de defensa (artículo 6.d).

3.2. Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución

En el ordenamiento jurídico paraguayo, la persecución de los hechos punibles de acción pública, sustentada en el principio de legalidad, es obligación del Ministerio Público (artículos 14, 15 y 18 del CPP). El artículo 18 subraya que el Ministerio Público está obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los hechos. La excepción a la regla son los hechos de acción pública que dependen de la instancia de parte (artículo 14, párrafo 2, y artículo 16) y que están previstos en el Código Penal o en leyes especiales, como: coacción, amenaza, acoso sexual, etc. Son perseguibles exclusivamente por acción privada (artículo 17 del CPP) los siguientes hechos: maltrato físico, lesión, lesión culposa, tratamiento sin consentimiento, denigración de la memoria de un muerto y otros.

En cuanto a los criterios de oportunidad, previstos en los artículos 18 y 19 del CPP, podrían ser aplicados a los crímenes internacionales en el caso de que: 1) el Código Penal o las leyes permitan al tribunal prescindir de la pena (artículo 19, número 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, prescripta o indultada (artículo 6, inciso 2, del Código Penal);¹⁷ 2) cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero (artículo 19, número 3.c), en cuyo caso la persecución penal se suspende hasta que se dicte la sentencia respectiva, momento en el cual se resuelve definitivamente sobre la prescindencia de la persecución penal, y si no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal pública, el juez podrá reanudar su trámite (artículo 20 del CPP); 4) cuando se haya decretado, en resolución firme, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país (artículo 19, número 4).

¹⁷ En este supuesto, el CPP exige que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado voluntad de reparación.

Para que pueda procederse a la persecución penal de hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos de protección universal, es necesario que el autor haya ingresado al territorio nacional (artículo 8, inciso 2, del Código Penal).

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*

El ordenamiento jurídico paraguayo, como se mencionó anteriormente, contiene figuras de crímenes de derecho internacional en el Código Penal y, en menor grado, en el Código Penal Militar.

A los tipos penales de crímenes internacionales previstos en la parte especial del Código Penal (genocidio, crímenes de guerra, preparación de guerra de agresión) se les aplican las normas de la parte general establecidas para los delitos comunes. Estos tipos, como los del Código Penal Militar, requieren del dolo. En el Código Penal no existe una especificación de las distintas formas de dolo, pero se admite la posibilidad de determinadas formas de dolo o elementos subjetivos adicionales en la conducta típica, que son señaladas en la parte especial;¹⁸ sin embargo, con respecto al genocidio no aparece regulada ninguna intención especial que vincule los tipos a una determinada interpretación.

En cuanto al castigo de los *delitos imprudentes*, que el Código Penal denomina culposos, se ha adoptado el principio de excepcionalidad. En este sentido, el anteproyetista advierte que no sería posible la punición de todas las causaciones no dolosas, dado que paralizaría la vida social. No pudiendo insertarse un delito culposo al lado de cada conducta dolosa delictuosa, su existencia es señalada expresamente en la ley en un número limitado de casos,¹⁹ entre los cuales no se encuentran el genocidio ni los crímenes de guerra.

En cuanto al *error*, hasta la reforma del Código Penal en 1997, se distinguía entre el error de hecho y de derecho; con la nueva legislación se distinguen el error de tipo y el de prohibición, regulados en los artículos 18 y 22, respectivamente. La falta de conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo del hecho punible equivale a falta de dolo y excluye la tipicidad del comportamiento, pero no excluye la punibilidad de la conducta culposa si esta está prevista en la parte especial (artículo 18, inciso 1º). Cuando el error recaiga sobre alguna circunstancia atenuante o se encuadre en el tipo de una ley más

¹⁸ Anteproyecto de Código Penal, exposición de motivos, p. 52. La técnica legislativa utilizada en la parte especial es la siguiente: cuando la conducta típica presupone determinadas formas de dolo o elementos subjetivos adicionales, el artículo correspondiente lo señala con expresiones como, por ejemplo, “a sabiendas”, “con el fin de”, etc.

¹⁹ Para ser exactos, 31 hechos punibles; véase Código Penal de la República del Paraguay, p. 221.

favorable, sólo será imputable por hecho doloso en virtud de esa circunstancia. En el ordenamiento jurídico paraguayo, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho doloso realizado, error de derecho, a diferencia del Estatuto, en el que es irrelevante salvo un caso excepcional, tiene efecto excluyente de la punibilidad, es decir no es reprochable según las palabras del codificador, cuando el error es inevitable; si es evitable se admite el efecto atenuante (artículo 22), lo que conlleva la necesidad de investigar si la evitabilidad es relevante o irrelevante.

En materia de *tentativa*, el artículo 26 del Código Penal establece que hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal. El Código diferencia entre la tentativa de crímenes, la cual es siempre punible, y la de delitos solo en los casos previstos por la ley (artículo 27). Fundamentada la antijuridicidad en la violación de un deber y no en la causación de un resultado, corresponde a la tentativa inacabada —cuando el autor no realiza todos los actos que según su representación del hecho sean necesarios para lograr su consumación— la atenuación de la pena, de acuerdo con el grado de ejecución (artículo 27, inciso 3). Al autor de la tentativa se le eximirá de pena cuando desista de la realización ya iniciada del tipo legal o, en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado (artículo 28, primera frase). También quedará eximido de pena si el resultado no acontece por otras razones, cuando el autor haya tratado voluntaria y seriamente de impedirlo (artículo 28, segunda frase). El desistimiento es una causa personal de extinción de la responsabilidad y beneficia solo al que desiste y no a los partícipes que responden por la tentativa subsistente. Dispone el Código que cuando participan varias personas quedará eximido de pena el que voluntariamente retirase su contribución ya realizada e impida la consumación (artículo 28, inciso 2, primera frase). También será eximido de pena el que haya tratado voluntaria y seriamente de impedir el hecho, aun cuando este no se consumara por otras razones o cuando la contribución no haya tenido efecto alguno en la consumación (artículo 28, inciso 2, segunda frase).

Entre las formas de *participación criminal*, el Código Penal distingue entre *autoría*, *instigación* y *complicidad* (artículos 29 y siguientes del Código Penal). Castiga al autor directo, mediato y coautores. Se equipara al instigador en cuanto a las consecuencias con el autor (artículo 30 del Código Penal). La pena para el cómplice es la prevista para el autor, atenuada según el artículo 67, que fija los marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales (artículo 31).

El *encubrimiento* está regulado en la parte especial, en el capítulo de los hechos punibles contra la administración de justicia, como frustración de la persecución y ejecución penal (artículo 292) y no simplemente como una forma de participación, y constituye una agravante que el autor fuere un funcionario que colaborare en el proceso (artículo 293).

En cuanto a la punibilidad de las *conductas omisivas*, el legislador ha optado por una reglamentación de la materia en la parte general del Código Penal, cuyo

artículo 15 regula expresamente *la omisión de evitar un resultado*²⁰ como hechos de omisión impropia. La regla que ofrece el Código, expuesta por el anteproyectista,²¹ supone tres pasos para elaborar los tipos de omisión: la transformación del tipo de acción en uno de omisión, el conocimiento de la existencia en el orden jurídico de mandatos que obligan a evitar el resultado relevante y reemplazar la fórmula legal “el que” por el sujeto del mandato solo cuando la violación del mandato constituye el mismo peso del injusto como la violación de la prohibición que constituye el punto de partida de la operación.²² En la doctrina no se desconocen las objeciones al artículo 15, pero se alega en su favor que este ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para resolver el caso concreto, sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales, sin infringir el principio de legalidad, y facilita una fórmula que orienta a la hora de tomar una decisión.²³ En la parte especial se castigan las conductas omisivas a través de determinados delitos propios de omisión, escasos, como la omisión de auxilio (artículo 117), la omisión de dar aviso de un hecho punible (artículo 240), etc.

Sobre la posibilidad de exigir *responsabilidad al superior jerárquico*, prevista en el artículo 28 del Estatuto, el artículo 240 del Código Penal castiga la omisión de aviso, la omisión de aviso culposa y las excepciones en el caso de personas de confianza como clérigos, abogados, defensores y médicos, con la condición de que el omitente haya tratado seriamente de impedir que el autor o el partícipe del proyecto se abstuviera de su realización o de evitar el resultado, salvo en el caso de homicidio culposo o genocidio. Los artículos 292 y 293 castigan a quien impide la persecución de un delito y la ejecución de la condena, que en el caso de los funcionarios supone una agravante de la pena.

La *obediencia debida* estaba regulada en el Código Penal de 1914 como eximente de pena. El artículo 21 determinaba: “Está igualmente exento de pena: [...] inciso 6º el que obra en virtud de obediencia debida, si la infracción ordenada no es sino abuso, exceso o violación de los deberes anexos a las funciones del ordenador y el ordenado no podía fácilmente percatarse que se trataba de un delito”. Fundada en este artículo, la Corte Suprema de Justicia, según acuerdo y sentencia nº 421/1999, condenó a los procesados Pastor Coronel y Lucio Benítez por abuso de autoridad y otros delitos, a sufrir pena privativa de libertad de 8 años, y desechó uno de los argumentos de la defensa basado en la obediencia debida del citado artículo, vigente

²⁰ Art. 15. Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.

²¹ Anteproyecto de Código Penal, exposición de motivos, p. 50.

²² Anteproyecto de Código Penal, exposición de motivos, p. 51.

²³ Muñoz Conde, p. 52.

a la fecha de la comisión de los hechos, como causa de exención de pena, dado que la obediencia no es indiscriminada sino que está sujeta a ciertas limitaciones: que el agente que obedece cuando la criminalidad del acto ordenado es evidente, es culpable, que la obediencia jerárquica no puede ser ciega ni pasiva, que el deber de obediencia colisiona con el deber de cometer acciones antijurídicas.

En el actual Código Penal no se menciona la obediencia debida como causa de justificación. Eventualmente podría encuadrarse en el estado de necesidad disculpante (artículo 25).²⁴ El Código Penal actual castiga la inducción a un subordinado a cometer un hecho punible o la tolerancia de tales hechos, con la misma pena que el hecho inducido (artículo 318). En el Código Penal Militar no se la menciona. La ley n° 222/93, orgánica de la Policía Nacional, establece en el artículo 10, número 2, entre los derechos, obligaciones y prohibiciones para el personal policial en actividad, el de obedecer las órdenes e instrucciones de sus superiores conforme con la Constitución, la ley y los reglamentos y que las órdenes e instrucciones manifiestamente inconstitucionales o ilegales eximirán del deber de obediencia. Los convenios internacionales ratificados por Paraguay relacionados con tortura y desaparición forzada de personas contienen disposiciones expresas sobre las órdenes de un funcionario superior, el cual no puede invocarse como justificación.²⁵

La *legítima defensa* está prevista en el Código Penal como una causa de justificación; el artículo 19 dispone que no obra antijurídicamente quien realice una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible cuando la conducta sea necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno.

El *estado de necesidad* aparece regulado en el artículo 20 del Código Penal también como una causa de justificación. En la doctrina paraguaya se la analiza en sus dos vertientes: como estado de necesidad justificante sobreviniente por colisión de bienes o intereses (inciso 1°) y la colisión de deberes (inciso 2°).²⁶ Además, según el artículo 25 del Código Penal se eximirá de pena a quien realizara el hecho antijurídico para rechazar o desviar de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada a él, un peligro presente para su vida, su integridad física o su libertad, y atendidas las circunstancias no le haya sido exigible otra conducta.

En cuanto a la *edad mínima de imputabilidad*, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que la responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia (artículo

²⁴ Casañas, p. 88.

²⁵ Véanse el art. 2.3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el art. VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para Prevenir y Sancionar la Tortura y el art. 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

²⁶ Muñoz Conde, pp. 124, 179.

lo 194). En concordancia con este artículo, la ley n° 1702/2001, que establece el alcance de los términos niño, adolescente y menor adulto, determina que es adolescente la persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad (artículo 1° b). El Código Penal dispone que está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años de edad. No existe, sin embargo, una norma que determine una edad mínima de imputabilidad en relación con los crímenes internacionales. El Código Penal Militar, en su artículo 28, estipula que al militar menor de 20 años se le aplicará una pena inferior en uno, dos o tres grados a la señalada por la ley para el delito, según las circunstancias.

Para la *determinación de la pena* deben tenerse en cuenta las reglas comunes del Código Penal (artículos 65 y siguientes). En el ámbito militar la aplicación de penas está sujeta a determinadas reglas como las circunstancias agravantes y atenuantes (artículos 62 y 63). Con relación a delitos contra el derecho internacional, el artículo 87 dispone que el militar será pasible de la pena mayor que corresponda si infringiere normas del derecho internacional.

En el Paraguay las personas jurídicas no tienen *responsabilidad penal* por la comisión de crímenes internacionales.

En materia de *inmunidades* algunos funcionarios públicos de alta jerarquía tienen privilegios. Para que un senador o diputado pueda ser sometido a proceso ante los tribunales ordinarios es necesario el previo desafuero de la Cámara a la que pertenece (artículo 191 de la Constitución). El juicio político realizado por el Congreso está previsto para el juzgamiento del 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 (artículo 227 de la Constitución). Sobre inmunidades 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 (artículos 29 y 31 de la ley n° 90/69, que aprueba la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas); en este mismo sentido, las inmunidades para funcionarios consulares, los cuales no podrán ser detenidos sino cuando se trate de un delito grave (artículo 41 de la ley n° 91/69, que aprueba la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

En cuanto a la *amnistía*, la Constitución (artículo 210, inciso 18) faculta al Congreso a conceder amnistías. Esta figura aparece regulada además en el CPP, en el capítulo referente a la ejecución de la pena como una forma extinguir la o modificarla; en el caso de que exista una ley de amnistía, el juez de ejecución debe promover de oficio la revisión de la sentencia ante la Corte (artículos 481, inciso 5, y 500).

El *indulto* también regulado en la Constitución (artículo 238, inciso 10); es competencia del presidente de la República, quien tiene atribuciones para indultar y conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia. Otras disposiciones

sobre indulto se encuentran en la ley n° 1285/98 (artículos 1 al 3), en el Código Procesal Penal (artículo 499) y el Código Penal Militar. Son órganos competentes, en esta materia, el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y el Juez de Ejecución. Pueden beneficiarse con esta gracia solo los condenados, no los procesados, tanto en el fuero civil como militar, y siempre que hayan cumplido por lo menos la mitad de la condena.²⁷ En el fuero militar, el artículo 64 del Código Penal Militar prevé que los delitos y las penas se extinguen por indulto o amnistía. No se ha abierto un debate sobre la posibilidad de amnistía o indulto de crímenes internacionales.

El Código Penal dispone expresamente que la prescripción extingue la sanción penal (artículo 101) y fija plazos de los hechos punibles de acuerdo con el marco penal previsto (artículo 102, inciso 1); el plazo máximo de prescripción es de quince años cuando el límite máximo del marco penal sea de quince años o más de pena privativa de libertad (artículo 102, inciso 1, número 1); desde cuando empieza a correr el plazo (artículo 102, inciso 2) y la imprescriptibilidad de hechos punibles previstos en el artículo 5 de la Constitución (artículo 102, inciso 3): el genocidio, la tortura, la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas.

Un aspecto importante es el que se refiere a la prescripción. La Corte Suprema de Justicia resolvió, en el año 1998, en una acción de inconstitucionalidad en un juicio sobre abuso de autoridad, privación ilegítima de libertad, secuestro, torturas y amenaza de muerte cometidos durante la dictadura, que crímenes de lesa humanidad cometidos bajo la vigencia de la Constitución de 1967,²⁸ no se hallaban prescriptos, por mandato de la propia Constitución que en el capítulo 1 sobre “Declaraciones fundamentales” (artículo 9) disponía que el Paraguay admitía los principios del derecho internacional y proclamaba el respeto a los derechos humanos y a la soberanía de los pueblos. Agregaban los ministros que nuestro país, de esta forma, tenía insertos en su legislación principios jurídicos de protección a los derechos humanos (acuerdo y sentencia n° 9 del 18 de febrero de 1998).

Por otro lado, la Corte ya había señalado en otro acuerdo y sentencia n° 585, de fecha 31 de diciembre de 1996, que

[...] a la fecha de la comisión de los delitos regía plenamente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sancionada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y de la cual Paraguay es país adherente. Esta Declaración, en su artículo 5, estatuye: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” [...] De acuerdo al artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas (resolución n° 2391)²⁹ sancionada el 26 de noviembre de 1968, los crímenes de lesa

²⁷ No pueden beneficiarse con el indulto los condenados cuyas sentencias no se hallan firmes y ejecutoriadas.

²⁸ Cometidos durante la dictadura stronista (1973-1976).

²⁹ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que el Paraguay no suscribió ni ratificó y que, en su artículo 1, establece: “Los crímenes

humanidad son imprescriptibles. Esta Convención define entre estos crímenes las “infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyo artículo 50 establece: ‘Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes: el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos [...]’. No se podía aducir que en el Paraguay hubiere estado ni remotamente legitimada la práctica de la tortura. Por el contrario, era obligación de las autoridades pertinentes, indagar, averiguar y reprimir tal afrenta a la dignidad humana. Tanto más que por imperio de la Constitución vigente entonces, y mucho más de la actual, en el orden de precedencia de las normas, luego de la Constitución están los Tratados y Convenciones Internacionales que, evidentemente, priman sobre cualquier disposición que pudieran contener los Códigos. (Acuerdo y sentencia n° 9, del 18 de febrero de 1998, de la Corte Suprema de Justicia)

Por la *prohibición de retroactividad* (artículos 14 y 17 inciso 3, de la Constitución) que rige en el derecho paraguayo, no pueden ser juzgados los crímenes internacionales bajo leyes posteriores a los hechos. El artículo 14 determina que ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o condenado. El Código Penal, artículo 1°, con base en el principio de legalidad, dispone que nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

Igualmente no existe la posibilidad del *bis in idem* en el ordenamiento jurídico paraguayo (artículo 17, inciso 4, de la Constitución). Específicamente, como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, los artículos 6 y 8 del Código Penal relacionados con hechos realizados en el extranjero, excluyen la punición en virtud de la ley penal paraguaya cuando un tribunal extranjero haya absuelto al autor por sentencia firme o lo haya condenado. El artículo 20, inciso 3,³⁰ del Estatuto detalla una situación bastante particu-

siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las ‘infracciones graves’ enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

³⁰ Art. 20, inc. 3 (Estatuto): “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 el acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o 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”.

lar y considerada delicada, puesto que en él se viola el principio *non bis in idem*, el cual está, como se mencionó anteriormente, taxativamente establecido en la Constitución.

5. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al procedimiento normal

El artículo 37, número 2, del CPP atribuye a los tribunales de la circunscripción judicial de la Capital el conocimiento de hechos punibles cometidos en territorio extranjero que hayan producido sus efectos en la República aunque el imputado haya sido aprehendido en cualquier otra circunscripción judicial del país. De igual modo se procede cuando el hecho punible cometido en el extranjero pueda ser sometido a la jurisdicción penal de los tribunales de la República, de acuerdo con los casos previstos en el Código Penal o en leyes especiales (artículo 37, número 2). No existen por el momento otras diferencias procesales.

6. La práctica efectiva de la persecución

Los pocos procesos sustanciados, o en curso, que se circunscriben al ámbito de derechos humanos, fueron realizados sobre la base de delitos comunes: abuso de autoridad, privación ilegítima de libertad, secuestro, torturas³¹ y amenaza de muerte cometidos durante la dictadura y perseguidos después de la caída de esta.

Con el descubrimiento de lo que después se convirtió en la gran base de datos del Centro de Documentación y Archivo para la Defensa de los Derechos Humanos (CDyA), mejor conocida como Archivos del Terror o Archivos del Horror,³² se pusieron al descubierto las innumerables violaciones a los derechos humanos, graves atropellos de la dignidad humana, anteriormente solo conocidas por una parte de la ciudadanía, ocurridos en la época stronista (1954-1989), de las que fueron responsables figuras altamente relacionadas con el poder gobernante. El hallazgo de los archivos de la policía stronista en el año 1992 posibilitó el acceso a pruebas para los procesos iniciados contra los personajes comprometidos con el régimen anterior y significó el aporte de cuantiosos testimonios de las víctimas de torturas, de sus familiares, los que contradecían las declaraciones de funcionarios policiales que negaban las acusaciones. Dada la magnitud del material documental encontrado, la Corte Suprema de Justicia³³ y el Ministerio Público aprobaron la intervención de especialistas

³¹ Entre las que se mencionan descargas eléctricas, inmersión en pileta, golpes en las zonas vulnerables del cuerpo, etc.

³² El archivo se halla ubicado en el piso octavo del Palacio de Justicia, en Asunción. La dirección de la página web es: <www.pj.gov.py/cdyA>. Agradecemos la señora Rosa Palau, codirectora del CDyA, las informaciones suministradas acerca del archivo.

³³ El 26 de mayo de 1993, por resolución n° 81, la Corte Suprema de Justicia creó el Centro de Documentación para la Defensa de los Derechos Humanos, destinado a la preservación de los docu-

en la materia para inventariar, ordenar y clasificar. Gracias a la documentación del CDyA se comprobó fehacientemente que el Paraguay poseía un sistema represivo que involucraba a personas altamente entrenadas de la policía y el ejército. Allí se puede encontrar, además, información sobre el operativo Cóndor (en marcha desde 1975 hasta finales de 1980) que causó miles de víctimas paraguayas y latinoamericanas. El vasto caudal histórico produjo evidencia sobre la existencia de una campaña de terror coordinada internacionalmente, con registros documentales de unas 50.000 personas asesinadas, 30.000 desaparecidos y 400.000 encarcelados.³⁴

Los archivos adquirieron una relevancia significativa para conocer y descifrar la historia reciente de América Latina, pues individualizan el destino de cientos, quizá miles, de latinoamericanos desaparecidos, secretamente secuestrados, torturados y asesinados por los regímenes derechistas de los años setenta. También dejan el rastro que corrobora la existencia de una conspiración secreta y sanguinaria entre los servicios de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay para rastrear y eliminar a los adversarios políticos con independencia de las fronteras nacionales. Hoy es posible completar el esbozo del operativo Cóndor. Los primeros datos confirmaron el arresto y asesinato de políticos paraguayos cuya “desaparición” había sido negada por la dictadura, además de la entrega e intercambio de prisioneros con otros países, particularmente Argentina, Chile³⁵ y Uruguay. Los documentos propiciaron órdenes de detención contra primeras figuras del régimen de Stroessner, además de oficiales militares de Argentina y Uruguay.³⁶

Con el material analizado del archivo se comprobó la participación de Estados Unidos³⁷ en las violaciones, que en el contexto de la Guerra Fría ofreció formación ideológica y militar a sus aliados latinoamericanos;³⁸ se sometió a juicio a oficiales

mentos y de su contenido, en vista al valor jurídico, procesal e histórico, mediante la aplicación de procedimientos modernos de control y manejo automatizado. Desde esa fecha, según el boletín informativo del CDyA, el centro está abierto para magistrados, profesionales, periodistas, estudiantes y público en general para realizar tareas de investigación y consulta.

³⁴ Calloni, “Los archivos del horror del operativo Cóndor”, artículo publicado en la revista *CovertAction* de Estados Unidos, en el otoño de 1994, el cual ha sido editado electrónicamente por el Equipo Nizkor, en Madrid, el 8 de agosto de 1998. Véase <www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

³⁵ Recientemente la justicia chilena dejó sin fueros a Pinochet para ser juzgado por el operativo Cóndor.

³⁶ Cf. Calloni.

³⁷ En este sentido véase el artículo publicado en el diario *ABC Color Paraguay*, del 16 de mayo de 2004, de Marcial Riquelme, que menciona una serie de documentos que prueban, según el autor del artículo, en forma irrefutable la conexión del gobierno de los Estados Unidos en cuanto al entrenamiento, organización y equipamiento del aparato represivo del stronismo.

³⁸ En mayo de 1993, el profesor Martín Almada y otros parientes de los asesinados o “desaparecidos” en Paraguay, enviaron una carta al entonces presidente Clinton exigiendo una compensación por las víctimas de la represión en Paraguay, bajo la acusación de que el régimen de Stroessner “fue asesinado por oficiales militares estadounidenses, que instruyeron a los principales torturadores, y

militares extranjeros, doce agentes de seguridad militares —cinco paraguayos, seis argentinos y un uruguayo— acusados de “abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, tortura y secuestro”.

En un principio los testimonios y las denuncias de familiares de las víctimas se desvanecían en el laberinto de los sistemas judiciales despreocupados de los derechos humanos y por la impunidad reinante. Durante años parecía que los operativos Cóndor nunca se enfrentarían a una investigación legal. El descubrimiento de los archivos paraguayos cambió todo el panorama. Los archivos descubiertos ofrecen un esbozo documental de los orígenes, los propósitos y la organización del operativo Cóndor, aportan una prueba documental irrefutable de su existencia y proporcionan una base para el enjuiciamiento de quienes cometieron crímenes.³⁹ El jefe de la Policía Técnica, Antonio Campos Alum, y el dictador en el exilio son prófugos de la justicia paraguaya.

Según informaciones recientes, el abogado y defensor de los derechos humanos paraguayo, Martín Almada, viajó a Italia para presentar a un fiscal italiano evidencias del operativo Cóndor sobre torturas en Paraguay contra ciudadanos italoargentinos e italoargentinos.⁴⁰

Cuatro de los procesos iniciados con motivo de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura, por secuestro, tortura, homicidio, privación ilegítima de libertad, abuso de autoridad y otros, se han finiquitado con seis personas condenadas a penas privativas de libertad entre 7 y 25 años, algunas de ellas con más de una condena; en segunda instancia, tres procesos en los que se había dictado condenas a penas privativas de libertad entre 13 y 16 años, y en primera instancia dos procesos sin condena.⁴¹

En el Paraguay no hubo una ruptura con el pasado, como en la mayoría de los países de la región. No existió un compromiso efectivo de los gobiernos de la transición de no apelar nunca más al terrorismo de estado. Los juicios contra algunos responsables de asesinatos y torturas fueron llevados a cabo por familiares de las víctimas y en algunos casos por los sobrevivientes, bajo su propio riesgo [...] Uno de los cerebros del operativo Cóndor reside tranquilamente en Asunción. En los últimos años se ha visto el reposicionamiento de los militantes stronistas [...] El Partido Colorado —como

que la persecución se incluyó dentro de la guerra entre Estados Unidos y la Unión Soviética, que produjo un genocidio en América del Sur”. Cf. Calloni.

³⁹ Cf. Calloni.

⁴⁰ Citado por la agencia ANSA: “Llevan a Italia evidencias de operativo Cóndor en Paraguay”, 5 de junio de 2004. Almada reveló a esa agencia que entregaría al fiscal italiano Giancarlo Capaldo “documentos firmados por el Cóndor número uno del Paraguay, el general (r) Alejandro Fretes Dávalos, que se refieren a argentinos y uruguayos descendientes de italianos”. Véase <www.ansalatina.com>, portal latinoamericano de la agencia ANSA.

⁴¹ Citado por el diario *ABC Color* de fecha 3 de febrero de 2004: “Piden recuperar lo robado por los stronistas”.

institución— no ha expulsado a los torturadores y asesinos⁴² de su nómina de afiliados ni ha pedido perdón a la ciudadanía por los delitos de lesa humanidad cometidos bajo el stonismo, pese a que muchos disidentes colorados también fueron víctimas de la represión (Marcial Riquelme, “Información sobre terrorismo de estado y el operativo Cóndor”, artículo extraído del diario *ABC Color Paraguay*, del 16 de mayo de 2004, <www.abc.com.py>).

7. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico político

7.1. *Proyectos de reforma*

Aún no se han elaborado proyectos para la implementación legal del Estatuto de Roma.

7.2. *Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia*

El Paraguay ha suscrito una considerable cantidad de tratados y convenios internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos y con el tema desarrollado en este informe. Una gran parte de ellos se encuentran ratificados; otros, en estudio en el Parlamento. Sin embargo, con esto no puede decirse que se haya cumplido con la obligación contraída en el ámbito internacional. La deuda pendiente del Estado paraguayo es la adecuación normativa, pues no ha modificado correlativamente su legislación interna. Esto genera la imposibilidad de una implementación práctica.

La obligación de la persecución penal de crímenes internacionales, el procedimiento a aplicar y la tipificación de estos crímenes surge exclusivamente de disposiciones del derecho interno, en el cual no están definidas, así como en el Estatuto, todos los comportamientos pertenecientes a esta categoría, dado que existen otras conductas prohibidas reconocidas en numerosos instrumentos internacionales ratificados, los cuales, como dijimos, no pueden ser aplicados directamente, por falta de adaptación de las normas.

En la doctrina no existe discusión sobre la necesidad de adecuar nuestra legislación a los mandatos del Estatuto de Roma, ni de contar con un número mayor de delitos internacionales, ni de normas que delimiten el ámbito de los presupuestos de punibilidad, ni tampoco la necesidad de configurar un espectro claro y directo de casos de aplicación del principio universal, como sucede en otros países de la región.⁴³ Sobre estos temas no hay un debate abierto y tampoco literatura nacional a la

⁴² Véase el caso de Alfredo Stroessner, ex dictador, que sigue siendo presidente honorario del Partido.

⁴³ Ambos-Malarino, informe chileno, p. 195.

cual recurrir. En la práctica son pocos los casos en que se han juzgado crímenes de lesa humanidad y menos aún en los que se haya mencionado o aplicado normas provenientes de convenios internacionales. No obstante, debemos destacar que en los últimos años se ha evidenciado un cambio de mentalidad en los miembros de la magistratura, quienes han empezado a invocar normas penales del derecho internacional, incluso declaraciones y disposiciones aún no ratificadas, para sustentar sus decisiones, a los efectos de no dejar impunes graves actos tipificados como delito, nacional e internacionalmente, pero que favorecidos por la regulación interna podían haber quedado desprovistos de pena. Actualmente, la vigencia de los tipos penales que no estaban previstos durante la dictadura significa un paso importante en la persecución de violaciones de derechos humanos. Esta es una preocupación difundida, sobre todo, en sectores no gubernamentales.

Debemos mencionar el interés de la sociedad civil por las víctimas de abusos a los derechos humanos en el ámbito interno, bajo cuya iniciativa fue creada la Comisión de Verdad y Justicia, por ley n° 2225, del año 2003. La particularidad de esta comisión es que fue creada por ley, a diferencia de la mayoría de las comisiones similares que existen y han existido, las cuales casi siempre se originaron a través de decretos presidenciales. La Comisión, una vez instalada, tendrá la misión de “investigar hechos que constituyen o pudieran constituir violaciones a los derechos humanos (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y lesiones graves, exilios y otros) cometidos por agentes estatales o paraestatales entre mayo de 1954 hasta la promulgación de la ley (6 octubre de 2003) y recomendar la adopción de medidas para evitar que aquellos se repitan, a los efectos de consolidar un Estado democrático y social de derecho con plena vigencia de los derechos humanos y para fomentar una cultura de paz, de solidaridad y de concordancia entre paraguayos”.

Es importante resaltar que el proyecto originario contemplaba investigar los hechos ocurridos durante la dictadura de Stroessner (1954-1989), pero negociaciones políticas para evitar el fracaso de la iniciativa legislativa obligaron a ampliar el periodo de trabajo de la comisión, de manera a incluir hechos posteriores cuya investigación es de interés de cierto grupo parlamentario.

8. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

Los estudios de derecho comparado de otros países, ya sea de diferentes continentes y los de nuestra región, dan cuenta de que existen aspectos que todavía deben ser estudiados y donde pueden existir divergencias, por ejemplo: inmunidades, entrega de personas, complementariedad, aplicación de penas de cadena perpetua, entre otros.

La entrega de personas a la CPI. Algunas legislaciones encuentran una dificultad con esta figura establecida en el Estatuto de Roma; el Paraguay en ese sentido no encuentra inconveniente, ya que el artículo 147 del Código Procesal Penal contempla

la efectividad del derecho internacional vigente⁴⁴ y en otros artículos detalla el procedimiento en cuanto a extradición activa y pasiva.

En cuanto a las *penas aplicables*, la posibilidad de extender la privación de libertad hasta 30 años y la reclusión a perpetuidad prevista en el artículo 77 del Estatuto⁴⁵ plantea una cuestión que debe ser analizada, dado que nuestro ordenamiento interno prevé una pena máxima de 25 años de pena privativa de libertad.⁴⁶ El Código Penal, en su artículo 4, enuncia que las disposiciones de la parte general se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por leyes especiales. Esta situación plantearía la necesidad de una reforma del Código Penal, dado que la disparidad apuntada no puede ser subsanada con la disposición prevista en el artículo 110 del Estatuto,⁴⁷ el cual permite una flexibilización de la pena y denota una posición de principio tendiente a la limitación temporal de esta. Cabe recordar que en diversos ordenamientos la condena perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad, en concordancia con el artículo 20 de la Constitución de la República.

⁴⁴ Art. 147 (CPP): “Lo relativo a la extradición de imputados o condenados se regirá 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”.

⁴⁵ Artículo 77.1 (Estatuto): “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el presente Estatuto una de las penas siguientes: a) la reclusión de un número determinado de años que no exceda de 30 años, o b) la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

⁴⁶ Artículo 38 (CPP): “Duración de la pena de libertad: La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinticinco años. Ella será medida en meses y años completos”.

⁴⁷ Artículo 110 (Estatuto): “Examen de reducción de la pena. 1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. 2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. 3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la condena, o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si esta puede reducirse. La pena no se llevará a cabo sin antes cumplirse estos plazos. 4. Al proceder a la revisión examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos. b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o e) otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena. 5) La Corte, si en su revisión inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Investigaciones en el territorio del Estado parte. El Estatuto de Roma hace mención a la Fiscalía de la CPI, que actúa en forma independiente, como órgano separado de la Corte, y se encarga de recibir denuncias e información corroborada sobre crímenes de competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones, o ejercitar la acción penal ante la Corte. Inclusive, en el artículo 54, inciso 3, enumera una serie de atribuciones que pueden crear un conflicto de competencia con nuestro Ministerio Público. Recordemos que, según nuestra legislación, este es el organismo encargado de dirigir la investigación de los hechos punibles y la promoción de la acción penal pública, y se puede cuestionar la intervención del fiscal de la Corte; por tanto, habría que encontrar una solución jurídica a la competencia de estos órganos. Pero debe considerarse que la investigación realizada por el fiscal siempre tiene que estar autorizada por el Estado receptor, que no puede adoptar medidas básicas relacionadas con la investigación, tales como investigar a testigos, sin notificar al Estado; lo que demuestra que el respeto al principio de soberanía de los pueblos constituye una prioridad en el Estatuto de Roma.

Complementariedad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El artículo 17 del Estatuto de Roma trata sobre las cuestiones de admisibilidad y, en ese sentido, cabe destacar que este artículo podría colisionar con algunos preceptos de la legislación interna. Asimismo, si se acepta la intervención de la Corte en el caso de que el país no esté dispuesto a llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo, entonces, ¿cuál sería el criterio a tener en cuenta para la determinación de la incapacidad para investigar o enjuiciar un asunto determinado?

Cargo oficial. El artículo 27 del Estatuto se refiere a la improcedencia del cargo oficial, y este choca con artículos constitucionales que tratan de fueros en función a la investidura de ciertos cargos como, por ejemplo, los de legisladores, magistrados judiciales y otros funcionarios.

No cooperación con la Corte. Es importante mencionar el artículo 72 del Estatuto de Roma, pues en él se establecen los casos en los cuales no se presta colaboración a la Corte como consecuencia de comprometer la “seguridad nacional” del Estado afectado. Existen diversos criterios que aseveran que mientras no esté reglamentada la “seguridad nacional” en el ordenamiento jurídico de un país, no puede constituirse esta en una facultad del Estado requerido a fin de no cooperar.

Candidatos para la Corte. En el marco del artículo 36 del Estatuto, cualquier Estado podrá proponer candidatos en las elecciones para magistrado; este instrumento internacional hace referencia a dos métodos de selección: el procedimiento previsto para proponer candidatos a los más altos cargos judiciales del país, o el procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para proponer candidatos a esa Corte. Los anteproyectos de los países del Mercosur, por ejemplo, tienen correctamente previstos los requisitos y las formas para presentación de candidaturas, ya sea para nacionales o extranjeros de acuerdo con las exigencias del Estatuto de la Corte.

El Paraguay ha aprobado por ley nº 1897, del 27 de mayo de 2002, el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, el cual se encuentra en vigencia para el Paraguay desde el 27 de octubre de 2002. El Estatuto prohíbe, en su artículo 8, número 2 *b* XXVI y 2 *e* VII, reclutar o alistar en las fuerzas armadas a un niño menor de 15 años, comportamiento que reviste la calificación de crimen de guerra, tanto en conflictos armados de carácter internacional como no internacional. El protocolo citado en cambio establece un estándar de protección de la persona más elevado, al fijar la edad mínima requerida de 18 años, para la participación en las hostilidades (artículo 1). Además prohíbe cualquier forma de enrolamiento de menores de 18 en fuerzas armadas (artículo 2).

Existen conductas no especificadas en el Estatuto, que son infracciones y violaciones graves previstas en el primer y segundo protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativos a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (artículos 57.2 *a* iii, 85.1, 85.3 *d*, 85.4 *b*) y Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados de Carácter No Internacional (artículos 4.2 *b* y *d*) que fueron aprobados y ratificados por el Paraguay en el año 1990.

El Estatuto de Roma tampoco contempla todas las prescripciones sobre el empleo de ciertas armas prohibidas o restringidas por tratados internacionales, como la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, el 10 de octubre de 1980) y sus protocolos I y II, suscritas por el Paraguay y que se encuentran actualmente en el Congreso —Cámara de Diputados— para su estudio. La Cámara de Senadores aconsejó la aprobación de estos protocolos.

9. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Paraguay

La discusión sobre la necesidad de adecuar la normativa interna a los parámetros del Estatuto de Roma no es primordial en la agenda jurídica. Tal como expresáramos en la introducción de este informe, el entusiasmo estatal de dar los primeros pasos se encuentra hoy estancado. Esto se debe a muchos factores: pocos juristas paraguayos con formación en el ámbito del derecho penal internacional, el desconocimiento del contenido y finalidad del Estatuto, el apremio por responder a problemas sociales, al aumento de la criminalidad y la inseguridad ciudadana, que reclaman el endurecimiento del sistema penal y la búsqueda de alternativas que aseguren el afianzamiento y la confianza en los órganos de la administración de justicia.

Sin embargo, creemos que es necesaria una adecuación con el Estatuto de Roma, dado el compromiso asumido, para lo cual se requerirá de:

1. Un análisis en detalle del marco normativo local, de tal manera que permita evaluar las necesidades legales para la implementación del Estatuto. Para ello se analizarán, además de la Constitución de la República y las normas de forma y fondo, aquellas normas administrativas vinculadas a los posibles requerimientos de la CPI, sin olvidar los convenios internacionales aprobados y ratificados por el país y los que se encuentran en estudio en el Congreso.
2. Un estudio del marco institucional a los efectos de determinar la capacidad y el modo de operación de las agencias estatales del sistema de justicia. Se realizarán estudios de las normas y procedimientos internos de las agencias que podrán eventualmente involucrarse en el proceso de atención a los requerimientos de la CPI. También se analizará la capacidad instalada y los eventuales requerimientos de infraestructura de las instituciones referidas.
3. Se debe auscultar, asimismo, la posibilidad de participación de organizaciones de la sociedad civil y de otros actores en el proceso de implementación del Estatuto de Roma.
4. Sobre la base de estos datos se debe proponer acciones estructuradas para la implementación del Estatuto de Roma. Estas acciones deben contemplar aspectos legales, institucionales y sociocomunicacionales.

A los efectos de realizar un adecuado proyecto de incorporación, es necesario tener en cuenta dos puntos importantes que hacen parte de la esencia del Estatuto: el primero es su carácter complementario; el segundo es la formalización de la cooperación plena, ya que se precisa de especificaciones en cuanto a las autoridades competentes y al procedimiento respectivo, dado el marco que representan el respeto a las soberanías de los Estados parte y la diversidad de sus sistemas procesales.

Consideramos que la legislación futura no debe limitarse al Estatuto, pues muchos crímenes internacionales no fueron contemplados por este instrumento. Existen otras conductas que deben ser reprimidas, como las previstas en el Convenio de Ginebra de 1949, ya sea mediante la tipificación de esas conductas punibles, o bien vía su remisión al ordenamiento jurídico interno.

La Corte Penal Internacional requiere de una cooperación óptima de los Estados para cumplir con sus objetivos; la falta de adecuación de los requisitos y procedimientos necesarios y pertinentes puede derivar en una participación nacional inadecuada a los fines que se persiguen con la implementación de la Corte Penal Internacional. No sólo existe una obligación de cooperar totalmente con la Corte, sino que también, de acuerdo con el Estatuto, es imperativo para nuestra propia legislación cumplir con ella. Además, debe tenerse en cuenta que es importante evaluar la capacidad de las distintas instituciones para responder al desafío de cooperar con la Corte y permitir que ella cumpla con sus cometidos, dado el caso.

Todo esto que estamos señalando estará sujeto a un efectivo funcionamiento de la Comisión establecida por el gobierno paraguayo en el año 2002, y a la posibilidad de incluir a organizaciones de derechos humanos y de expertos en temas relacionados a la Corte Penal Internacional en el estudio y la propuesta necesarios para adecuarnos normativa e institucionalmente a los requerimientos del funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

Anexo

1. *Convenciones internacionales suscritas en materia de terrorismo*

1. Convenio sobre Infracciones y Ciertos Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves (Organización de la Aviación Civil Internacional, OACI), aprobado por ley n° 252/71, en vigor desde el 7 de noviembre de 1971.
2. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (OACI), aprobado por ley n° 290/1971, en vigor desde el 5 de mayo de 1972.
3. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos Tengan Trascendencia Internacional (OEA), el cual ha sido aprobado por ley n° 2378, del 30 de abril de 2004 y aún está pendiente el depósito del instrumento de ratificación.
4. Convenio para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (OACI), aprobado por ley n° 425/73, en vigor desde el 4 de abril de 1974.
5. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (ONU), aprobado por ley n° 2359/2004; está pendiente el depósito del instrumento de adhesión.
6. Convenio contra la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (Organización Marítima Internacional, OMI), aprobado por ley n° 2377/2004; está pendiente el depósito del instrumento de adhesión.
7. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado por ley n° 2372/2004; está pendiente el depósito de instrumento de adhesión.
8. Convención Interamericana contra el Terrorismo (OEA), aprobado por ley n° 2302/2003; está pendiente el depósito del instrumento de ratificación.

2. *Convenciones internacionales suscriptas en materia de armas*

1. Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, adoptado en Ginebra el 3 de setiembre de 1992. Aprobada por ley n° 406, del 21 de octubre de 1994 y en vigor para Paraguay desde el 29 de abril de 1997.

2. Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997). Aprobada por ley n° 1339, del 6 de octubre de 1997 y en vigor para el Paraguay desde el 1° de marzo de 1999.
3. Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington D. C., 14 de noviembre de 1997). Aprobada por ley n° 1505, del 6 de diciembre de 1999 y en vigor para el Paraguay el 4 de mayo de 2001.
4. Convención Interamericana sobre Transparencia en las Adquisiciones de Armas Convencionales (Guatemala, 7 de junio de 1999). Aprobada por ley n° 1973, del 25 de setiembre de 2002 y en vigor para el Paraguay el 22 de noviembre de 2002.

Bibliografía

- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer – Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Montevideo, 2003.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE PARAGUAY, *Anteproyecto de Código Penal, propuesta de reforma estructural de la justicia penal*, Asunción, 1994.
- ALMIRÓN P, María Elodia, “El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional”, en: *Comentario a la Constitución, tomo II “Homenaje al décimo aniversario”*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pp. 181-208.
- CALLONI, Stella, “Los archivos del horror del operativo Cóndor”, en *CovertAction*, de Estados Unidos, otoño de 1994. (Fue editado electrónicamente por el equipo Nizkor, en Madrid, 8 de agosto de 1998).
- CASAÑAS LEVI, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2001.
- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Ley N° 1160/97. Concordado, Tomo I, Colección de Derecho Penal, Corte Suprema de Justicia, Año 1999.
- GONZÁLEZ MACCHI, José, *Introducción al derecho penal paraguayo*, Asunción, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la teoría general del hecho punible*, adaptada al Código Penal paraguayo por José Ignacio González Macchi, Asunción, 2003.
- PACHECO G., Máximo, *Los derechos fundamentales de la persona humana*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1990.
- VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad, “La Constitución paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales”, en: *Comentario a la Constitución, tomo II, “Homenaje al décimo aniversario”*, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pp. 213-244.

Otras fuentes

Base de datos del Sistema de Información y Análisis de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Lista de Autores

Rodrigo Aldoney Ramírez

(falta)

Kai Ambos. Nacido el 29.03.1965 en Heidelberg, Alemania. Realizó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwig de Friburgo (Alemania), en Oxford (Gran Bretaña) y en Múnich (Alemania). Primer examen estatal (1. *Staatsexamen*) 1990 en Munich, segundo examen estatal de juez (2. *Staatsexamen*) 1994 en Baden Württemberg/Tribunal provincial de Freiburg. Obtuvo su doctorado el 09.12.1992 en la Universidad de Múnich (Prof. Dr. Schüler Springorum), donde también tramitó su trabajo post-doctoral (*Habilitation*, con los Profs. Dr. Volk y Simma) que terminó en julio de 2001. Obtuvo la *venia legendi* para las materias derecho penal, derecho procesal penal, criminología, derecho internacional y derecho comparado.

Fue profesor agregado (*Privatdozent*) en la Universidad de Múnich y profesor suplente (*Lehrstuhlvertreter*) en la Universidad de Friburgo. Desde el 1° de abril de 2003 ocupa la cátedra de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (derecho comparado y derecho penal internacional) en la Georg August Universidad de Gotinga. Anteriormente se desempeñó como responsable de las áreas Derecho Penal Internacional (incluyendo Derechos Humanos) y Latinoamérica, en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Friburgo.

Ha publicado numerosos artículos y libros en el campo de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal internacional (sobre todo referidos a derechos humanos, tráfico ilícito de drogas y terrorismo). Especialmente destacan: *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, Friburgo, 1993; *Drogenkrieg in den Anden, Rahmenbedingungen und Wirksamkeit der Drogenpolitik in den Anbauländern mit Alternativen*, Múnich, 1994; *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur «impunidad» in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht (Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico-legal sobre Colombia, Peru, Bolivia, Chile y Argentina)*, Friburgo, 1997 (publicado en su versión española por el CIEDLA y la Comisión Andina de Juristas; versión revisada y actualizada en 1999 publicado por ad hoc, Buenos Aires); *Control de Drogas. Política y legislación en América Latina, EE. UU. y Europa. Eficacia y alternativas (con anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EE. UU. y Europa)*, Bogotá, 1998 (prologó el prof. Fernando Velásquez V.); *Der Fall Pinochet* (mit Heiko Ahlbrecht, Baden-Baden 1999); *El Estatuto de Roma* (coeditor con Oscar Julián Guerrero, Bogotá, 1999); *The Prosecutor of an International Criminal Court* (coeditor con Louise Arbour, Albin Eser y Andrew Sanders, Friburgo i. Br., 2000); *La nueva justicia penal internacional*, Fundación Myrna Mack, Ciudad de Guatemala, 2000; (con Fauzi Hassan Choukr) *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*, Editora Método, San Pablo, 2001, 351 pp.; (comp.) *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 549 pp.; *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, (2ª ed., 2004), 1058 pp.; (ed. con José Luis Gómez Colomer y Richard Vogler) *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos*, Bogotá, 2003; (ed. con Ezequiel Malarino) *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, 2003; (ed. con Jörg Arnold) *Der Irak-Krieg und das Völkerrecht*, Berlín, 2004; *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá, 2004.

Alejandro Aponte. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Su tesis doctoral, sobre derecho penal de enemigo en el caso colombiano, ha sido publicada en el 2004 por la editorial Nomos de Alemania. Miembro del grupo de expertos internacionales adscripto al Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo. Ha trabajado como funcionario de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Actualmente es profesor de Derecho Penal General en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y se desempeña como asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

Gustavo Badaró. Mestre e doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade de Taubaté;

Membro do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça para reforma do ordenamento jurídico brasileiro com vistas à ratificação do Estatuto de Roma. Ex-consultor jurídico do Ministério da Justiça. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ex-coordenador-chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Emanuela Fronza. Es investigadora (assegnista di ricerca) en derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Modena e Reggio Emilia, colaboradora científica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y Profesora contratada en la carrera de derecho de la Academia Militar de Modena. Es doctora en derecho por la Universidad de Teramo en el área de derechos fundamentales con su tesis «Gli atti di genocidio: percorsi di incriminazione». Es miembro del Center for Applied Research on the international and European Criminal Justice de Roma. Ha sido responsable científica de las Law Clinics en *derecho penal internacional de las Universidades de Paris 1, Panthéon- Sorbonne y Napoli II (financiadas por la Comisión Europea en el marco del proyecto European Laboratory for International Criminal System (LINCS))*. Ha realizado estancias de investigación en diversas universidades e institutos de investigación, tales como el Instituto Max Planck (Alemania), la Universidad Humboldt de Berlin (Alemania) y la Unité Mixte de Recherche de Droit comparé de la Universidad de Paris 1, Panthéon- Sorbonne (Francia). Su campo de investigación es el derecho penal, derecho penal internacional y derecho comparado. Es autora de diversas publicaciones en la materia en revistas jurídicas italianas y extranjeras y coautora de las siguientes obras: *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc*, *Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Giuffré - Dalloz editor, Milán - Paris, 2003, junto a S. Manacorda y «*Les sources du droit international pénal*», Société de Législation Comparée, Paris (en curso de publicación) junto a M. Delmas Marty y E. Abdelgawad.

Alicia Gil Gil. Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho Penal y directora del curso de enseñanza abierta “Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales”, en la UNED, Madrid. Vicesecretaria de la Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED. Profesora Honoraria de la Universidad Santa María de Arequipa, Perú. Autora de *El genocidio y otros crímenes internacionales* (1999), *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio* (1999), *La ausencia del elemento subjetivo de justificación* (2002); coautora de *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma* (2002), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (2003) y de numerosos artículos sobre derecho penal internacional y parte general de derecho penal, en publicaciones españolas, europeas y latinoamericanas.

Investigadora en diversos proyectos de investigación españoles e internacionales. Ponente en más de cuarenta cursos y congresos nacionales e internacionales sobre derecho penal y derecho penal internacional.

Christoph Grammer. Egresado de las universidades de Friburgo (Alemania), Grenoble (Francia) y Murcia (España). Asistente científico del Prof. Dr. Walter Perron en la Universidad de Friburgo. Ex colaborador científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Autor de las siguientes publicaciones sobre derecho penal internacional: *Der Straftatbestand des Verschwindenlassens einer Person – die Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Ed. Iuscrim, Friburgo 2005; *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich. Italien*, con Konstanze Jarvers, Ed. Iuscrim, 2005; “Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, tomo II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 815-828; “La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio del hecho por organización”, con Kai Ambos, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n° 16, julio de 2003, pp. 163-196.

José Luis Guzmán Dalbora. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, diplomado en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma (La Sapienza); profesor asociado de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Autor de numerosas publicaciones en el campo del derecho penal.

Paul Hernández Balmaceda. Bachiller y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Notario público por la Universidad de Costa Rica. Especialista en derechos humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; especialista en ciencias políticas y derecho constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; doctorando de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares, España.

Juez de Juicio Penal y Apelaciones en el Tribunal de Guanacaste, Costa Rica. Ex profesor de Derecho penal, procesal penal y Derecho constitucional de la Universidad Latina de Costa Rica y de la Escuela Judicial de Costa Rica. Participante del proyecto sobre “Problemas actuales del derecho penal”, del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Ezequiel Malarino. Graduado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor al mérito (1996); investigador y ex becario del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo, Alemania; doctorando en Derecho penal de la Universidad de Macerata, Italia, y de la Universidad Paris I, Panthéon Sorbonne, Francia; becario del Ministerio para la Univer-

sidad e Investigación Científica de Italia. Auxiliar docente por concurso de la Universidad de Buenos Aires; ex profesor contratado de Derecho procesal penal de la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires (2001). Entre los años 1998 y 2003 ha realizado estancias de investigación en las siguientes universidades: Westfälische Wilhelm de Münster (Alemania), Camerino y Bolonia (Italia). Es autor de publicaciones en el ámbito del derecho penal y del derecho procesal penal.

Jaime Martínez Ventura. Abogado. Director del Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES), órgano ejecutor de la Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho, FESPAD. Miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP). Coordinador nacional del Programa Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal y de la revista *Pena y Estado*.

Carmen Montanía. Abogada. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Friburgo, Alemania. Investigadora en la División de Investigación del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ) de la Corte Suprema de Justicia. Huésped del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (1993-1995). Ex becaria de la Konrad Adenauer Stiftung (1993-1996).

Autora de *La protección jurídica en el ámbito carcelario paraguayo*, GTZ - Ministerio de Justicia, 2004. Coautora de *Legislación penitenciaria y de ejecución penal de la República del Paraguay*, GTZ - Ministerio de Justicia, 2004; *Recurso de Casación. Apuntes prácticos para su implementación y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Año 2001-2003*, 2003; y de los siguientes títulos de la colección de Derecho Penal: *Código Penal anotado y concordado*, *Compilación de leyes penales especiales complementarias al Código Penal. Adaptación al artículo 321 del Código Penal*, *Compilación de tratados bilaterales de derecho penal ratificados por el Paraguay*, *Código Procesal Penal de la República del Paraguay anotado y concordado*.

Jorge Rolón Luna. Abogado, consultor y docente. Coordinador del proyecto “Preparación para la implementación del Estatuto de Roma en Paraguay” llevado adelante por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECIP/PY) con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá (2004). Ha realizado estudios de postgrado en Derecho Internacional Público en la Università Degli Studi Di Roma, Roma, Italia; de International Journalism en la City University of London, Londres, Inglaterra; de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Oxford University, Inglaterra. Ex juez electoral de Asunción. Miembro fundador y miembro del consejo institucional del INECIP. Ex director del Programa de Mediación en Paraguay del INECIP. Consultor principal para el Paraguay del proyecto regional “Acceso a la justicia en América Latina” (RLA/03/M09, PNUD), 2004. Perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Insti-*

tuto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, 2004. Coautor del anteproyecto de “Código de Ejecución Penal para la República del Paraguay”, en estudio en el Congreso de la Nación, 2004. Miembro de la Comisión de Verdad y Justicia creada por ley de la República para investigar violaciones a los derechos humanos en el Paraguay, durante el periodo 1954-2003. Tiene en su haber más de veinte publicaciones en el país y en el exterior, como autor y coautor, sobre temas jurídicos y políticos.

Bolívar Vergara Acosta. (falta)

Jan Woischnik. (falta)

