

Sistemas penales comparados



La Corte Penal Internacional

Alemania

Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M.
Universidad de Friburgo de Brisgovia
Universidad de Gotinga

I. Introducción

El Estatuto de Roma no establece la obligación jurídica de adaptación del Derecho interno a sus disposiciones, salvo la obligación emanada del art. 70 inc. 4.º, letra a del Estatuto, de extender las leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a la Corte Penal Internacional (CPI). Sin embargo, surge para los Estados-Parte, a partir de la obligación de cooperación de los arts. 86 y ss. y del principio de complementariedad consagrado en el art. 17 del Estatuto, la obligación fáctica¹ de adecuar su legislación interna. Como bien reconoce AMBOS, por un lado, no es posible cooperar con la CPI sin contar con normas procesales adecuadas y, por otro, el principio de complementariedad supone que el Estado donde se comete un crimen internacional tenga la voluntad —vale decir, la disposición político-criminal— y la capacidad para perseguirlo penalmente, lo que también exige una normatividad suficiente para lograr este fin². De esta exigencia fáctica y, en menor medida, normativa³ del Estatuto, se pueden extraer opciones de implementación que según AMBOS van desde un incumplimiento de la misma (*opción cero*) hasta un modelo de implementación total con codificación especial⁴.

Atendido el enorme impulso que la República Federal de Alemania le dio a la negociación y firma del Estatuto, como parte de los llamados Estados con posición favorable a la CPI (*like-minded states*), no sorprende que se haya seguido el último modelo referido, con una oportuna y exhaustiva adecuación del ordenamiento legal alemán, tanto a nivel legal como constitucional, estable-

ciendo como cuerpo normativo central el Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, en adelante VStGB)⁵. La ventaja que se aprecia con la introducción del VStGB, en lugar de una ampliación de tipos y reglas ya existentes, es que esta codificación da una visión clara y de conjunto de una materia jurídica altamente compleja⁶ y, a su vez, permite tomar decisiones precisas que a nivel internacional tuvieron que quedar parcialmente abiertas con el fin de lograr un acuerdo amplio entre países con sistemas penales muy disímiles⁷.

Finalmente cabe resaltar que el VStGB constituye un *modelo de implementación modificada*⁸, en el cual se adecuan las regulaciones del Estatuto tanto al principio de legalidad en su manifestación de *lex certa* (art. 103 inc. 2.º Constitución Federal Alemana [Grundgesetz], GG en lo que sigue) bastante estricto en el ordenamiento alemán, como a la Parte General del Derecho Penal alemán. Sin embargo, en opinión de SATZGER esto conlleva ciertos “vacíos” normativos respecto del Estatuto, lo que adquiere relevancia por la eventual activación de la competencia de la Corte. A su vez, aprecia ciertos “excesos” que afectarían el principio de legalidad referido, llegando a la conclusión que la satisfacción conjunta de las exigencias internacionales y constitucionales se asemeja en algunos casos a un trabajo *en la cuerda floja*⁹.

II. El Código Penal internacional (VStGB)

1. La Parte General del VStGB. La regla básica contenida en el § 2¹⁰ es la aplicación supletoria del Derecho Penal general, en cuanto el VStGB no contenga regulaciones especiales. Ya que en este ámbito el VStGB —a diferencia del Estatuto con su amplia regulación de materias pertenecientes a la Parte General— solamente regula la actuación bajo órdenes, la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores y la prescripción, surge un campo muy amplio de materias que siguen las reglas de los delitos comunes. De este modo se pre-

Revista Penal

••• Alemania

tende, por un lado, preservar la coherencia interna del ordenamiento penal alemán, y por otro, permitir la aplicación de una doctrina y jurisprudencia asentada y basada en una rica y diferenciada dogmática respecto de la Parte General del Código Penal alemán, la que en el ámbito internacional aún se encuentra en ciernes¹¹.

En concreto, el § 3 establece una exigencia de responsabilidad penal para aquel que cumpla una orden militar o una disposición de efecto vinculante comparable (incluyéndose así aquellas que emanan de civiles), en la medida que el autor del hecho no conozca la antijuricidad de la orden o disposición y ésta no sea evidente. Se omite de tal modo la presunción de evidencia para las órdenes referidas a delitos de genocidio y lesa humanidad contenida en el art. 33 n.º 2 del Estatuto.

A continuación el § 4 establece una posición de garante del jefe militar o superior civil en cuanto a los hechos cometidos por el inferior y que no haya impedido. El inc. 2.º de este párrafo equipara al jefe o superior a toda persona que en un grupo armado o en una organización civil o empresa, respectivamente, ejerza la autoridad y el control. En tales casos no procede la rebaja de pena consagrada en el § 13 inc. 2.º del StGB para la comisión por omisión general.

Por otra parte, el § 5 consagra la imprescriptibilidad de los crímenes¹² establecidos en el mismo, vale decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Al referirse solamente a los crímenes se exceptúan de la imprescriptibilidad los simples delitos de infracción del deber de vigilancia (§ 13) y omisión de la comunicación de un delito descrito en esta ley cometido por un subordinado (§ 14).

Finalmente, el § 1 hace aplicable esta ley a todos los crímenes contra el Derecho internacional, se hayan cometido en territorio alemán o extranjero. Por ende, ahora también se aplica a los delitos de lesa humanidad¹³ un genuino principio de justicia universal al establecerse como único criterio de conexión con la jurisdicción alemana el contenido material del injust¹⁴. Se elimina así expresamente el elemento de conexión legitimador exigido con anterioridad por la jurisprudencia¹⁵. Respecto de los simples delitos consagrados en el VStGB rigen las reglas generales de los §§ 3 y ss. StGB.

2. La Parte Especial. El crimen de genocidio (§ 6) se traslada en términos muy similares desde el § 220a StGB al VStGB, facilitándose ahora la interpretación del tipo en cuanto a la suficiencia de un ataque¹⁶ a una víctima individual¹⁷, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico, como tal. Las exigencias emanadas del principio de legalidad justifican en la “causación de daños físicos y men-

tales” la mención, a modo de ejemplo, de las lesiones graves del § 226 StGB. Este tipo difiere del Estatuto al regular en un inc. 2.º supuestos menos graves, asignándoles un marco penal más bajo¹⁸.

La tipificación de los crímenes de lesa humanidad (§ 7) constituye una innovación en el Derecho penal alemán. El delito consiste en la realización de alguna de las conductas enumeradas (inc. 1.º n.º 1-7)¹⁹, en el marco de un ataque sistemático y generalizado en contra de una población civil. La relación funcional entre los elementos de contexto (*Gesamttat*) del encabezado y los actos individuales (*Einzelaten*) coincide con la técnica normativa del Estatuto. El § 7 se aparta del Estatuto al establecer una penalidad diferenciada según grupos de conducta (inc. 1.º parte final) y de supuestos menos graves en el inc. 2.º, al tipificar delitos calificados por el resultado (inc. 3.º y los supuestos menos graves en el inc. 4.º) y finalmente al sancionar delitos cometidos con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática por razones raciales y sus casos menos graves (inc. 5.º).

Los crímenes de guerra adquieren en el VStGB una división distinta a la del Estatuto, ya que se regulan conjuntamente²⁰ los crímenes que se suscitan en el contexto de conflictos armados internacionales e internos (§ 8 encabezado del inc. 1.º) y, en cambio, tipifica separadamente los crímenes, atendiendo a si la materia forma parte del llamado Derecho de Ginebra (protección de personas [§ 8], la propiedad y otros derechos [§ 9] u operaciones humanitarias o emblemas [§ 10]) o del Derecho de La Haya (limitación del empleo de ciertos métodos [§ 11] y medios de conducción de guerra [§ 12]).

Finalmente se regulan como simples delitos, con la ya señalada consecuencia respecto de su prescriptibilidad y su omisión en las referencias que se hacen en otros tipos del StGB, los ilícitos de infracción del deber de vigilancia (§ 13, también en caso de infracción imprudente en el inc. 4.º) y omisión de la comunicación de un delito descrito en esta ley cometido por un subordinado (§ 14). A ellos se asignan consecuentemente penas menores.

3. Reformas al Código Penal alemán. En el StGB se introducen las adecuaciones necesarias consistentes en la derogación del antiguo genocidio (§ 220a StGB), la inclusión de los crímenes internacionales en el § 6 n.º 1 StGB (jurisdicción universal) y en los §§ 78 y 79 StGB (imprescriptibilidad de la persecución del delito y de la pena, respectivamente). Por otra parte, en el § 130 StGB (delito de incitación al pueblo) se sustituye la referencia al antiguo delito de genocidio por el nuevo. También se introducen ampliaciones al in-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

cluir, junto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra entre los supuestos que dan lugar a los delitos de alteración del orden público mediante amenaza de ciertos delitos (§ 126 StGB), la constitución de asociaciones terroristas (§ 129a StGB) y la omisión de la denuncia de delitos planificados (§§ 138 y 139 StGB).

4. Reformas a la Ley Procesal Penal alemana. Mediante la introducción del § 153f StPO se relativiza el principio de jurisdicción universal del § 1 ya descrito. Esta disposición permite a la fiscalía abstenerse de la persecución (inc. 1.º), retirar la acusación pública ya formulada o suspender el proceso (inc. 3.º) respecto de un hecho punible descrito en los §§ 6-14, en los casos de extraterritorialidad descritos en el § 153c inc. 1.º, n.º 1 y 2 StPO²¹, cuando el culpable no se encuentre en el territorio nacional ni sea de esperar su presencia. Hace excepción a esta regla el caso de un hecho extraterritorial, según el n.º 1 de la disposición recién referida, cometido por un alemán, volviéndose al principio de legalidad en la persecución, salvo que el hecho ya sea perseguido por un tribunal internacional o por un tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el mismo. En el inc. 2.º del § 153f StPO se acentúa esta facultad de la fiscalía (“puede en particular abstenerse”) en los mismos supuestos de ilícitos internacionales cuando, por un lado, concurren copulativamente las siguientes circunstancias: no existe sospecha en contra de un alemán, ni víctima alemana, ni presencia en el territorio alemán de un sospechoso o sea de esperar que esto ocurra y, por otro lado, el ilícito esté siendo perseguido por un tribunal penal internacional o un Estado con jurisdicción preferente. Finalmente se aplica idéntica regla en caso de que no exista víctima alemana, se esté persiguiendo el ilícito en las instancias referidas y, encontrándose el inculcado en territorio nacional, esté prevista y sea admisible su entrega o extradición.

Respecto de esta regulación cabe destacar tres aspectos. Por un lado, se trata de la aplicación de un genuino principio de oportunidad, propio del sistema procesal penal alemán, por lo que no importa un quiebre en él, toda vez que constituye una especificación de los criterios que se aplican respecto de delitos ordinarios en el § 153c StPO (nacionalidad extranjera del autor, comisión extraterritorial del delito) y en el 154b StGB (persecución por instancia extranjera o internacional), quedando la decisión íntegramente en manos de la fiscalía (en su caso con aprobación judicial)²².

Por otro lado, la regulación introduce un sistema coherente de prelación de jurisdicciones que puede considerarse un ejemplo de aplicación del

principio de complementariedad consagrado en el art. 17 del Estatuto, ya que de las reglas recién expuestas se desprende que antes del Estado alemán tienen preferencia para conocer de un asunto el Estado en el que se cometió el ilícito y la CPI, luego el Estado del cual el imputado es nacional y por último el del cual son nacionales las víctimas del ilícito²³.

Finalmente WERLE/JESSBERGER sostienen que la regulación comentada cumple una función de modelo e impulso del Derecho Internacional, toda vez que impone al Estado alemán una *obligación* de persecución como tercer Estado de un ilícito internacional, a pesar de que el Derecho Internacional consuetudinario sólo reconoce de un modo indiscutido la *facultad* de terceros Estados de perseguir tales ilícitos²⁴.

5. Reformas Constitucionales. Mediante una modificación del art. 96 inc. 5.º GG se faculta el establecimiento de una ley que otorgue competencia en materias de competencia federal a tribunales estatales cuando aquéllas se refieran, entre otros, al delito de genocidio, al delito internacional de lesa humanidad y a delitos de guerra²⁵. Según ya se mencionó *supra*²⁶, también fue necesaria una adecuación constitucional (art. 96 inc. 2.º GG) para permitir la entrega de nacionales a la CPI.

6. Reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mediante la introducción de un 8.º numeral en el § 120 inc. 1.º de la GVG²⁷ se otorga competencia a los *Oberlandesgerichte*²⁸ para el juzgamiento de los ilícitos descritos en el VStGB, lo que conlleva, por aplicación del § 142a inc. 1.º de la misma ley, la competencia persecutoria del *Generalbundesanwalt*²⁹. Esta concentración y elevación de la competencia se justifica por la complejidad de la materia y la afectación de intereses de política exterior del Estado³⁰.

Notas

1. SATZGER, Das neue Völkerstrafgesetzbuch - eine kritische Würdigung, NSiZ 2002, pág. 127, habla de una *necesidad político-criminal*.

2. Cfr. AMBOS, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, pág. 25, en AMBOS/MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*.

3. A la que cabría añadir el inc. 6.º del preámbulo del Estatuto como reforzamiento de la obligación de Derecho Internacional consuetudinario de los Estados respecto de la persecución penal de los responsables de crímenes internacionales.

4. Véase, con mayor detalle, AMBOS, op. cit., págs. 26 y ss.

5. El proceso de reforma legal alemán se divide en tres pasos. Por un lado, la reforma constitucional (BGBl 2000 I, pág. 1633)

Revista Penal

Alemania

vigente desde el 2 de diciembre de 2000, que modifica el art. 16 inc. 2.º GG, permitiendo la entrega de nacionales a la CPI y la dictación de la Ley del Estatuto de la CPI (IStGH-Statutsgesetz, BGBl. [Bundesgesetzblatt, boletín oficial del Estado Federal] 2000 II, pág. 1393), que permitió la ratificación del Estatuto. Por otro lado, la dictación de la Ley de introducción del Código Penal alemán (BGBl 2002 I, pág. 2254), que estableció tanto el VStGB como modificaciones y adecuaciones al Código Penal (en adelante StGB), a la Ley Procesal Penal (en adelante StPO) y otras de menor importancia. Finalmente, la Ley para la Ejecución del Estatuto de Roma (RSAG) (BGBl. 2002 I, pág. 2144) que establece disposiciones sobre cooperación con la CPI, junto a otras reformas de menor trascendencia. El VStGB entró en vigencia el 30 de junio de 2002, un día antes que el propio Estatuto y la Ley para la Ejecución del Estatuto. Para una traducción completa de la Ley de introducción del Código Penal Internacional, que incluye el referido Código, véase www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html.

6. Así HERMSDÖRFER, *Humanitäres Völkerrecht- Informationsschriften* 1999, pág. 27; KREß, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, págs. 2 y ss.; SATZGER, op. cit., pág. 126.

7. Así KREß, op. cit., págs. 2 y ss.; SATZGER, op. cit., pág. 126.

8. Así la denominación de WERLE, *Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts*, *Juristenzeitung* (JZ) 2001, págs. 888 y ss.

9. Véase al respecto, con amplias referencias, SATZGER, op. cit. págs. 127 y ss.

10. Los §§ sin especificación corresponden al VStGB.

11. Así la opinión de WERLE/JESSBERGER, op. cit., pág. 135, quienes, sin embargo, sostienen que las diferencias entre ambos ordenamientos son “desconcertantemente mínimas”. Un aporte significativo para el desarrollo de una dogmática de la Parte General del Derecho Penal internacional ofrece el trabajo de habilitación de AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002.

12. El § 12 StGB diferencia entre *Verbrechen* (crímenes) y *Vergehen* (simples delitos) según si la pena privativa de libertad es superior o no a la de un año.

13. El antiguo § 6 StGB ya consagraba este principio para el genocidio (núm. 1) y los delitos de guerra en cuanto a las obligaciones emanadas de las Convenciones de Ginebra (núm. 9).

14. Sobre la restricción procesal mediante el principio —también genuino— de oportunidad, véase *infra* la reforma a la StPO.

15. Cfr. BGHSt (Corte Suprema alemana) 45, págs. 64 y ss., con comentario de WERLE en JZ 1999, pág. 1176.

16. El inc. 1.º establece como ataques típicos en numerales sucesivos: homicidio, daños físicos o mentales graves, sometimiento a condiciones de existencia aptas para ocasionar la destrucción física total o parcial del grupo, imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el grupo y el traslado por la fuerza de un niño del grupo a otro grupo.

17. El antiguo § 220a StGB se refería en plural a “miembros” y “niños”.

18. En vez de pena privativa de libertad de por vida, una no inferior a cinco años.

19. En numerales sucesivos: homicidio, esclavitud, deportación, tortura, coacción sexual, desaparición forzada (en dos variantes),

daños físicos o mentales graves, privación de libertad y persecución.

20. Hacen excepción a este tratamiento conjunto, refiriéndose solamente a conflictos armados internacionales, los § 8 inc. 3.º y § 11 inc. 3.º.

21. Estos supuestos se refieren a casos de comisión extraterritorial del ilícito (en cuanto al suelo en el núm. 1 y a barco o aeronave en el núm. 2).

22. Sin embargo, esta pureza de principio no constituye un principio inquebrantable del legislador alemán, ya que en la reciente ampliación de la persecución extraterritorial de los delitos de asociación criminal (§ 129 StGB) y asociación terrorista (§ 129a StGB) a casos fuera de la UE, consagrada en el § 129b StGB, se optó por transferir íntegramente la decisión respecto de la persecución a una instancia política como lo es el ministerio de justicia, indicando solamente determinadas circunstancias a tener en cuenta.

23. Así WERLE/JESSBERGER, op. cit., pág. 139 con referencia a la exposición de motivos de la ley.

24. Cfr. WERLE/JESSBERGER, op. cit., págs. 138 y 139, con ulteriores referencias.

25. Se trata de una enumeración confusa, en la medida que se antepone el término *internacional* al delito de genocidio (con la intención de no dar cabida a interpretaciones extensivas) y no se hace referencia explícita a los ilícitos de los § 13 y 14 VStGB, los que, sin embargo, se encuentran vinculados a los delitos enumerados en la disposición.

26. Véase núm. 5.

27. Ley orgánica del poder judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

28. Tribunales superiores territoriales.

29. Fiscal General Federal.

30. En tal sentido WERLE/JESSBERGER, op. cit., págs. 139 y s., quienes destacan, por un lado, la significación que adquirirá la jurisprudencia internacional y extranjera para estos casos, y, por otro lado, la complejidad de las investigaciones que se llevarán a cabo en el extranjero, todo ello atendido a que presumiblemente, al menos por algún tiempo, se presentarán exclusivamente casos acaecidos en el extranjero.

Argentina¹

Luis Fernando Niño

*Profesor Universitario – Magistrado
Buenos Aires*

I. Sabido es que en julio de 1998, casi un siglo después de las Convenciones de La Haya y tras cuatro años de arduo trabajo del Comité Preparatorio, se aprobó el Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional (ECPI), instrumento que, a diferencia de otros compromisos internacionales en materia de protección penal de

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Derechos Humanos o Derecho Penal Internacional, posee dos características salientes: por un lado “en él se reúnen por primera vez en un cuerpo normativo homogéneo diferentes figuras de crímenes internacionales y una serie bastante completa de principios generales de imputación de derecho penal internacional”; y por el otro, “con su ratificación se expresa también... un acuerdo a la jurisdicción complementaria (subsidiaria) de la Corte Penal Internacional” (AMBOS-MALARINO, 2003, pág. 578)².

Argentina suscribió el Estatuto de Roma el 8 de enero de 1999 y lo ratificó el 8 de febrero de 2001, fecha en que el Canciller argentino depositó formalmente el instrumento correspondiente.³ En virtud de ello, Argentina debe afrontar la tarea de adecuar su ordenamiento jurídico interno, a fin de cumplir con las exigencias que emanan del documento.

Una comisión interministerial, creada en el año 2000 e integrada por los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Defensa y de Justicia, preparó un proyecto de ley de implementación en febrero de 2002. Dicho proyecto, que proponía una completa adecuación del derecho interno al Estatuto, a través de una suerte de Código Penal internacional (ley especial), perdió estado parlamentario. Algunos senadores nacionales prepararon un proyecto alternativo, que vio la luz en 2004. Actualmente, se hallan en plena discusión en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado diferentes proyectos de implementación; en la última parte de este informe abordaremos sus aspectos más salientes.

II. Una cuestión latente en los abordajes ensayados hasta el presente, tanto en el ámbito académico específico cuanto en el parlamentario consiste en definir qué debe entenderse por implementación del ECPI. Según una importante ONG ocupada en el seguimiento del Estatuto de Roma, “el propósito de la legislación de implementación de la CPI es doble: por un lado, sitúa a los Estados Partes en una posición de cooperación con la Corte, y por el otro, les permite ejercer jurisdicción local sobre los crímenes sobre los que tendrá competencia la Corte de manera complementaria” (ICCnow, 2003). Así, si bien es cierto que, a excepción de la disposición prevista en el art. 70.4.a⁴, “el Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno” (AMBOS, 2003, pág. 25), existen dos excepciones *de facto* a dicho principio. Ellas son la obligación de cooperación de los Estados parte con la Corte (arts. 86 y ss. ECPI) y el principio de complementariedad (subsidiariedad) (art. 17 ECPI). “En cuanto a lo primero, es claro

que los Estados Parte [solamente] pueden cumplir con su obligación de cooperación si tienen una legislación procesal adecuada, en particular una ley de cooperación con la CPI”⁵ (*idem*). Por el otro lado, el principio de complementariedad “presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad...de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables;... la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los arts. 5 a 8 del Estatuto... Si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional... está obligado *de facto* a adaptar su legislación nacional al Estatuto” (*ibíd.*, con cursivas en el original; en igual sentido, MALARINO, 2003, pág. 35).

De lo expuesto se deriva que por implementación del ECPI se entiende comúnmente el dictado de normas internas que tornen aplicables las disposiciones del Estatuto por los tribunales locales, sean estas normas relativas a la cooperación con la CPI o normas de derecho penal internacional sustantivo. Resta entonces sentar un criterio que permita determinar cuándo puede afirmarse que un ordenamiento jurídico estatal, en este caso el argentino, cumple con las exigencias del Estatuto de Roma.

Durante la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado argentino del 9 de marzo de 2004, un renombrado penalista y magistrado sostuvo que la adecuación de nuestra legislación de modo tal de dar cumplimiento al Tratado “significa que debemos estar seguros de que ninguna de las conductas que estamos obligados a sancionar, conforme al Tratado, quede impune o tenga una pena desproporcionada o ridícula en el orden interno” (ZAFFARONI, 2004). Éste será el principio guía que utilizaremos para ponderar la adecuación de las normas vigentes en nuestro país en relación con los estándares internacionales.

Como conclusión parcial, pues, cuadra sostener que la implementación del ECPI en el derecho interno argentino no puede ser nula (opción cero); sin perjuicio de ello, ella podrá ser limitada o parcial o total o completa. “Los modelos a seguir dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado” (AMBOS, 2003, pág. 26). Veamos cuáles pueden ser las vías de incorporación del Derecho Penal Internacional al derecho interno argentino y si ellas exigen el dictado de normas de carácter interno para dar cumplimiento a las exigencias del ECPI.

III. En primer lugar, cabe preguntarse por la posibilidad de recurrir directamente, en el ámbito interno, al ECPI. Para responder a tal interrogan-

Revista Penal

Argentina

te, consideraremos brevemente la forma de incorporación del Derecho Penal Internacional al derecho interno argentino. Luego, analizaremos si corresponde aplicar en forma directa las normas de carácter sustantivo previstas en el Estatuto de Roma. La conclusión que se preanuncia es la siguiente: si bien los principios del Derecho Penal Internacional son obligatorios para el Estado argentino, en el derecho interno no es posible penar a alguien exclusivamente sobre la base de tipos penales contruidos a partir de normas penales de carácter internacional, sean ellas emanadas de la costumbre o del derecho internacional convencional, en el que queda incluido el ECPI. Y aunque ello no pone necesariamente a Argentina en una posición insalvable frente al Derecho Penal Internacional, marca un déficit que sería conveniente subsanar mediante el dictado de una norma de implementación de aquel estatuto.

Dos han sido las vías por las cuales se ha tratado la incorporación del derecho internacional al derecho interno argentino. Tradicionalmente, ella se basaba en el texto del art. 31 de la Constitución Nacional⁶. Al respecto, se discutían dos cuestiones diferentes: por un lado, si las normas de derecho internacional poseían carácter operativo o programático; y por otro, qué jerarquía correspondía reconocerles en el sistema jurídico interno. En cuanto a la primera de estas cuestiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso EFE, consideró en su momento que las normas de derecho internacional eran de carácter programático (Fallos 310:1081). Respecto de la segunda de ellas, en su decisión en el caso "Martín", sostuvo que la Constitución no atribuía prelación a los tratados internacionales respecto de las leyes del Congreso de la Nación (Fallos 257:99). Tal doctrina fue modificada en 1992, con el fallo dictado en el caso "Ekmedjián c/Sofovich" (Fallos 315:1492), mediante el cual la CSJN "por un lado, sentó el principio de la jerarquía superior de los tratados internacionales respecto de las leyes nacionales y, por el otro, consagró su directa operatividad" (MALARINO, 2003, pág. 40). Esta misma línea fue profundizada por la reforma constitucional de 1994, que incorporó diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que, junto a la CN, pasaron a conformar lo que se ha dado en llamar el "bloque de constitucionalidad" (BIDART CAMPES, 1997, pág. 78; MONCAYO 1997; entre otros).

El segundo criterio de incorporación, que pasó casi inadvertido durante buena parte de nuestra historia constitucional, deriva del art. 118 de la CN⁷. Esta norma de incorporación del derecho de gentes de carácter penal desplaza a la del art. 31, debido a su mayor especificidad. Más aún; se ha

sostenido que incorpora el Derecho Penal Internacional al derecho interno con nivel constitucional (MALARINO 2003, pág. 50). Sobre esta base, se ha entendido que dicha cláusula incorpora todo el Derecho Penal Internacional, vale decir, no sólo los tipos penales específicos, sino también los principios de derecho material y adjetivo y los presupuestos de la responsabilidad penal (causas de exoneración de responsabilidad, imprescriptibilidad, estándares procesales, etc.). Asimismo, se ha interpretado que incorpora tanto el Derecho Penal Internacional de naturaleza contractual como el de base no contractual. En los últimos años, ha sido con fundamento en esa norma que los tribunales locales aplicaron directamente el Derecho Penal Internacional a casos sometidos a su jurisdicción (*vid.* casos "Schwammberger"⁸, "Priebke"⁹ y "Poblete" o "Simón"¹⁰, como los más representativos).

El principal problema que se plantea ante la incorporación del Derecho Penal Internacional por esta vía —y con esos alcances— reside en determinar si los principios de esa constelación normativa que ingresan por vía del art. 118 de la CN "¿deben compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la CN o, por el contrario, los hechos que se encuadrarían como crímenes internacionales deberían ser resueltos exclusivamente por las normas penales del derecho internacional...?" (MALARINO, 2003, pág. 51). Y, específicamente, qué hacer ante una colisión de tales principios con otros principios o garantías constitucionales.

IV. La cuestión así referida se plantea, en particular, con un principio básico en la delimitación del poder punitivo: el de legalidad. Ello, por cuanto en el derecho interno argentino no se han dictado normas de implementación que prevean tipos penales de crímenes internacionales. La doctrina dominante ha entendido que aquel principio no rige plenamente respecto de los crímenes de derecho internacional. Esta posición se funda esencialmente en tres argumentos: a) en primer lugar, se afirma que "el art. 118, al introducir el derecho penal de gentes en el orden interno, *remite a sus reglas propias*" (MALARINO, 2003, pág. 52, con cursivas en el original); b) en segundo lugar, se hace referencia a la "primacía lógica y axiológica" del derecho de gentes por sobre el derecho interno (SCHIFFRIN, 1997, págs. 119 y ss.); c) por último, toda vez que el origen histórico del principio de legalidad fue garantizar la indemnidad contra el despotismo del Estado, erigiéndose tal axioma como consecuencia del principio de división de poderes, dado que en el plano internacional estas dificultades no son tales, el principio

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

en sí mismo pierde en gran medida su razón de ser (SCHIFFRIN, *idem*)¹¹.

Quienes defienden la postura contraria se basan, en lo esencial, en que “esta forma de concebir las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido... puesta en duda en los últimos años... específicamente en el campo del derecho penal internacional” (MALARINO, 2003, pág. 54, con cita de Mireille Delmas-Marty y Fronza-Guillou). Esta opción, que se ha dado en llamar *pluralismo* y que se presenta como alternativa frente al monismo y al dualismo tradicionales, postula que de la “interacción entre los diferentes órdenes normativos (derecho internacional y derechos estatales) surgiría un nuevo orden, único, complejo, pero con diferentes niveles normativos” (*ibíd.*). Basta con dejar sentado aquí que los tribunales locales que han intervenido en el juzgamiento o investigación de hechos que podrían subsumirse en tipos penales previstos en el derecho internacional han resuelto los casos aplicando los tipos penales tradicionales locales (v.gr., en el caso “Poblete”, citado precedentemente y los diferentes fallos que han seguido su doctrina¹²).

Ha menester señalar, en ese contexto, que el ordenamiento jurídico argentino, salvo algunas pocas excepciones previstas en el Código de Justicia Militar, no contiene normas penales que tipifiquen delitos internacionales. Frente a ello, los Tribunales locales, al analizar la atribución de responsabilidad han utilizado los tipos penales clásicos previstos en el ordenamiento interno. Ahora bien, ello plantea el problema de la menor magnitud de injusto aquilatada en los tipos tradicionales del derecho interno en relación con los crímenes del derecho internacional, situación que no permite sostener que tal solución satisfaga plenamente los estándares de implementación del ECPI.

Si el criterio por el cual vale considerar satisfactoria la implementación de dicho instrumento es el de asegurar que ninguna de las conductas que estamos obligados a sancionar conforme al Tratado quedaría impune o tendría una pena desproporcionada o ridícula en el orden interno, el descrito es el déficit principal —si bien no el único— que hoy en día presenta el derecho interno argentino en relación con las normas vigentes del Derecho Penal Internacional.

No obstante ello, es dable señalar que este déficit no es de una magnitud insoportable. Por lo pronto, la jurisprudencia ha sostenido que la “*subsunición en tipos locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas [analizadas] (cuestión que establece el derecho de gentes a través de nor-*

mas ius cogens) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes”¹³. De lo que se desprende que ciertas falencias que presentaba la legislación interna respecto del ECPI, que podrían impedir una persecución con base directa en el Derecho Penal Internacional, han comenzado a ser superadas en las decisiones judiciales¹⁴.

Sin embargo, el problema apuntado marca la necesidad de una norma de implementación que incorpore de alguna forma los tipos penales propios del derecho internacional al derecho local, de forma tal que se satisfaga, dentro de parámetros admisibles¹⁵, las exigencias normativas que plantea el principio de *nullum crimen*. Y al respecto, se ha señalado correctamente en nuestro medio que una norma de implementación de las características referidas deberá lidiar necesariamente con una serie de dificultades dogmáticas, provenientes de ciertas deficiencias o equívocos que presenta el ECPI. Como ejemplo, se ha alertado que “transformar una intervención culposa, una omisión prácticamente culposa por negligencia, en la autoría de un delito doloso... sobre todo, cuando ese delito doloso es punible con pena privativa de libertad perpetua”, como ocurre con la forma en que está regulado el tipo de genocidio en el Estatuto, genera un problema para el derecho interno argentino (MAIER, 2004).

V. Paralelamente, la incorporación de normas penales que habitualmente se consideran propias de una “parte general” en el ECPI, deja traslucir que “está comenzando a desarrollarse una dogmática de la parte general del derecho penal internacional” (AMBOS-MALARINO, 2003, págs. 581/2). Ahora bien, no todos estos desarrollos deben necesariamente ser incorporados a nuestro ordenamiento interno; una vez más, lo que parece necesario, de conformidad con el criterio sentado *supra*, es “tener la seguridad de que [por ejemplo] no tendremos en nuestra legislación una eximente más amplia que la prescripta en el Tratado” (ZAFFARONI, 2004) ni un criterio de imputación sensiblemente más restrictivo.

En este último supuesto, un problema que se advierte a simple vista radica en que en el Código Penal argentino no existe una norma expresa que prevea la responsabilidad especial del superior jerárquico (art. 28 del ECPI). Sin embargo, es posible afirmar que las reglas de autoría, en particular, los desarrollos dogmáticos que se conocen como la teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder organizado, podrían llevar a una solución análoga a la allí prevista, en un gran número de los casos abarcados por dicha

Revista Penal

Argentina

norma. Al respecto, se ha sostenido que las “reglas sobre autoría y participación en el Código Penal, en especial, sus arts. 45 y 46, son reglas amplias dominadas por dos conceptos asaz vagos: “tomar parte en la ejecución del hecho” (autoría) y “pres-tar al autor auxilio o cooperación” (participación). Por tanto, la interpretación del primero de acuerdo con el cartabón de la denominada teoría del dominio del hecho no representa inconvenientes” (SANCINETTI, 1999, pág. 206).

En punto a las eximentes de responsabilidad con que cuenta el derecho interno argentino, ellas son sensiblemente más restrictivas que las previstas en el ECPI. En virtud de ello, lo único que podría ocurrir es que un caso que en el derecho interno fuese antijurídico o culpable, pudiese no ser considerado así, o tratado más benignamente, en la CPI (ZAFFARONI, 2004). En particular, la doctrina nacional ha criticado, posiblemente con acierto, la amplitud de las formulaciones del tipo permisivo de legítima defensa y de la causa de exclusión de la culpabilidad denominada coacción (*ibíd.*)¹⁶. En todo caso, si estas disposiciones no fueran implementadas en el derecho interno, ello no conllevaría responsabilidad internacional por parte del Estado argentino.

Párrafo aparte merece la incorporación de la obediencia debida como causal de disminución o exclusión de responsabilidad (art. 33 del ECPI). Por un lado, se ha objetado que, en realidad, esta eximente de responsabilidad no posee existencia dogmática autónoma (ZAFFARONI, 2004)¹⁷. Por otra parte, se ha objetado que una exención total de responsabilidad por esta causal resulta contraria a lo dispuesto en numerosos instrumentos internacionales de Derecho Penal Internacional¹⁸. En este caso, al igual que en el de las demás eximentes analizadas, su no incorporación al derecho interno, tampoco podría provocar ningún reproche al Estado argentino desde el punto de vista del derecho internacional.

De tal suerte, es dable concluir que en esta materia la única necesidad de adecuación del sistema jurídico local a la normativa del ECPI consiste en la ampliación de la posibilidad de responsabilizar a los superiores jerárquicos en el sentido expresado *supra*. Sin perjuicio de ello, sería posible argumentar, en contra de esta ampliación, que ella podría afectar el principio-garantía de culpabilidad por el hecho, receptado en la Constitución Nacional y en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

VI. Como ya ha quedado señalado, desde el punto de vista del Derecho Procesal surge con claridad que, en materia de implementación del ECPI, la prioridad será dictar una norma de derecho in-

terno que regule la cooperación con la Corte —comprendida la extradición—, y parece redundante señalar que una regulación tal no podrá limitar irrazonablemente la jurisdicción de la CPI¹⁹. Tal como sostiene MAIER, esto podría solucionarse con algunas reglas sencillas: “en cuanto a la prueba, una regla que fije la competencia de los tribunales federales para la realización de los deberes de cooperación regulados en el art. 86 y siguientes” (MAIER, 2004).

Un segundo problema lo plantean las reglas de solución de conflictos jurisdiccionales y de determinación del derecho aplicable al caso. Sobre el tópico, se ha expedido el mismo jurista cordobés: “Como ustedes saben, rige acá el principio de complementariedad —yo preferiría denominarlo subsidiariedad— del sistema internacional, sobre todo de la competencia de la Corte Internacional. Aquí, a mi juicio, hace falta, primero, una regla que prevea la competencia de los tribunales federales, como he visto en el proyecto que me ha hecho llegar el senador Yoma, gracias a Dios sin el resurgimiento de los tribunales militares dentro de la iniciativa, como lo prevé el proyecto base que ha perdido estado parlamentario. Entonces, como decía, hace falta una regla que prevea la competencia de la ley, la aplicación de esta misma ley y que se regule el procedimiento según el Código Procesal Penal de la Nación” (MAIER 2004).

En tercer lugar, la ley de adecuación debería resolver quién es la autoridad competente para promover la competencia de la Corte Internacional, según el art. 13, inciso A, y el art. 14 del Estatuto de Roma. Citamos una vez más al reconocido procesalista: “Y acá mi pregunta es: ¿debe ser solamente el Ejecutivo, o el Ejecutivo con acuerdo del Senado? No me cabe duda de que el Ejecutivo puede pedir a la Corte que tome la investigación de un caso y que causaría más o menos el mismo efecto, porque la Corte no examina el derecho interno. Pero podría tener responsabilidades en el derecho interno, y se podría decidir que un pedido de ejercicio de competencia de la Corte o la promoción de un asunto de la Corte, según este artículo, necesita la autorización del Senado” (MAIER 2004).

VII. Dos son las modalidades que puede asumir la implementación reclamada por el Estatuto, a saber: a) modificar en las partes pertinentes las disposiciones de la Parte General y de la Parte Especial del Código Penal argentino, incorporándose una sección de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; b) incorporar el propio ECPI como un sistema normativo cerrado, aplicable sólo a los casos por él previstos.

Entre quienes defienden esta última tesis, MAIER sostiene que es mejor “adaptar el derecho

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

interno al Estatuto de Roma y no dictar reglas que prohíban, manden, justifiquen o determinen la culpabilidad, excluyan la punibilidad, etcétera; tomaría el Estatuto de Roma para traerlo al derecho interno como un envase cerrado... Esto es, lo internalizaría sin mezclarlo con el sistema que, hasta hoy llamamos interno, derivado básicamente del Código Penal y de sus leyes complementarias" (*ibíd.*). De este modo, el sistema penal del ECPI se aplicaría exclusivamente para los hechos objeto de la competencia de la CPI y contenidos en el Derecho Penal Internacional. De resolverse por dicha variante, será prudente prever un sistema de incorporación de las nuevas normas a crearse dentro del sistema normativo de dicho derecho.

Por su parte, ZAFFARONI considera que la implementación "exige un trabajo comparativo entre lo que prescribe el Tratado de Roma y lo que se encuentra legislado en nuestro Código Penal" (ZAFFARONI, 2004); por lo que se opone a la propuesta de "cortar y pegar" un sistema normativo, para implantarlo directamente en otro ya en funcionamiento.

VIII. El proyecto elaborado por la Comisión Interministerial al que se alude en el comienzo de este informe está concebido como una ley especial. Se lo ha redactado en forma casi idéntica al Estatuto de Roma, tanto en lo que se refiere a los tipos penales allí previstos, como a aquellas disposiciones que guardan relación con la parte general del derecho penal sustantivo y, por último, amplía la jurisdicción de los tribunales argentinos en relación con el principio de nacionalidad activa y pasiva y con el principio *aut dedere, aut iudicare* (o entregar o juzgar).

A su turno, el proyecto del Senador Jorge Yoma registra, en relación con el anterior, un avance en cuanto a la desaparición de la justicia militar como competente para juzgar crímenes de guerra. Posee además una cuidadosa reglamentación de las relaciones entre el Gobierno Nacional y la CPI, demarcando competencias y procedimientos, y cumple adecuadamente con los objetivos de incorporación al derecho interno tanto de los delitos contra la administración de justicia de la CPI como de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto. De todas formas, este proyecto deja subsistentes casi todas las contradicciones que existen y han sido señaladas entre el sistema del ECPI y el del Código Penal argentino.

Por último, el proyecto de la Senadora Cristina Fernández de Kirchner representa un avance con respecto a los anteriores. En él se han tomado en consideración las diferencias entre el sistema normativo que establece el ECPI y el Derecho Penal interno argentino, y se ha hecho un considerable

esfuerzo para amalgamarlos. A título de ejemplo, el art. 6 de dicho proyecto establece que cada vez que el ECPI haga referencia a "reclusión" deberá entenderse, en el derecho interno, "pena privativa de libertad". Sin perjuicio de ello, este proyecto tampoco resuelve de manera satisfactoria los déficit marcados a lo largo de este informe. Empero, le cabe el mérito de reducir las contradicciones entre los sistemas incorporando —objetivo central de todo proyecto de implementación— los tipos penales pertinentes al ordenamiento jurídico interno.

Ése es el cuadro de situación en que se encuentra Argentina de cara a la asunción plena de un compromiso suscrito, ratificado y depositado formalmente, ante una comunidad de naciones que pretende continuar avanzando hacia la meta, por el momento cuasi utópica, de un foro penal que alcance a todos y a cada uno, por poderoso que sea el infractor, cuando el sujeto pasivo resulte ser, en definitiva, la propia Humanidad.

Bibliografía

ABREGÚ, Martín - COURTIS, Christian: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

AMBOS, Kai - MALARINO, Ezequiel: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad-Adenauer, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán: "El art. 75, inciso 22 de la Constitución y los derechos humanos", en Abregú - Courtis, cit., págs. 77-88.

MAIER, Julio B.: versión taquigráfica de su participación en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación de fecha 8 de marzo de 2004.

MONCAYO, Guillermo: "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en Abregú - Courtis, págs. 89-104.

SANCINETTI, Marcelo - FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la Protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: versión taquigráfica de su participación en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación de fecha 8 de marzo de 2004.

ZUPPI, Alberto Luis: *La jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

Sobre implementación:
<http://www.iccnw.org/espanol/implementacion.htm>

Revista Penal

Argentina

Críticas al proyecto:
[http://www.iccnw.org/espanol/tesinas/Memorial-
implementacion.pdf](http://www.iccnw.org/espanol/tesinas/Memorial-
implementacion.pdf)

Notas

1. En la preparación del primer borrador de este informe colaboró, activa y eficazmente, el abogado Alejandro Chehtman, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

2. Los datos de las obras cuyos autores se citan en el texto se encuentran en la bibliografía que se acompaña al final del presente informe.

3. Vale recordar, paralelamente, que la Corte Penal Internacional fue instituida a partir del 1.º de julio de 2002, una vez que contó con sesenta ratificaciones y adhesiones (art. 126 del ECPI).

4. Esta disposición obliga a los Estados parte a extender los tipos penales que protegen el correcto funcionamiento de la administración pública nacional, de modo que también quede abarcada la Corte Penal Internacional. Advierte al respecto un prominente procesalista argentino: "El segundo problema es la necesidad de sancionar internamente los llamados delitos contra la administración de justicia... Y allí existe la necesidad de decidir o prever cuál será el ámbito de aplicación de la ley para estos delitos: territorialidad —sintéticamente—, nacionalidad activa o pasiva, universalidad. También es necesario prever la competencia para juzgar esos delitos contra la administración de justicia por la propia Corte. Pero ambos problemas, a mi juicio, son superables mediando una o varias normas no necesariamente complicadas. Traducir reclusión o privación de la libertad, prever para los delitos contra la administración de justicia uno o todos los puntos de conexión nombrados según decisión política, y la competencia de la Justicia Federal cuando el juzgamiento sea realizado por el Estado argentino a solicitud de la propia Corte". (Maier, J.B.)

5. Conf. art. 88 del Estatuto de Roma.

6. Dicho precepto reza: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación". A su texto se suma el del art. 27, que establece: "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

7. El art. 118 de la Ley Fundamental estatuye: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (sin cursivas en el original).

8. Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, resuelto el 30 de agosto de 1989. En particular cabe consultar el voto del juez Schiffrin (reproducido en *El Derecho*, Bs.As., 135-323).

9. CSJN, Fallos 318:2148.

10. Causa n.º 8686/00, del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 6/3/01; Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de fecha 9/11/01 (ambos reproducidos, junto con el dictamen en igual sentido del Procurador General de la Nación, en los Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IX, n.º 16, Ad-Hoc, Bs.As., 2003).

11. El Dr. Petracchi, Juez de la Corte Suprema, en su disidencia en el caso Priebke, consideró que un juez argentino no podría dictar una sentencia condenatoria exclusivamente sobre la base del Derecho Penal Internacional vigente. Se basó, en primer lugar, en que el principio de legalidad, que "exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar", debe extenderse al derecho penal internacional. El segundo argumento utilizado se basa en la imposibilidad de integrar el derecho local con elementos del derecho internacional, de modo tal de obtener un derecho "mixto" (para observaciones pertinentes acerca del valor de estos argumentos puede consultarse, Ferrante, 1999, págs. 448/9).

12. Para un análisis de los tipos penales locales comprendidos véase Sancinetti, 1999, págs. 195/202.

13. Resolución del Juez Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Dr. Caballo, en el caso "Simón", apartado IV-B., con cursivas en el original).

14. En particular, el voto del juez Schiffrin en el caso "Shwamberger" y el de la mayoría en "Priebke", ambos citados anteriormente, procedieron a subsumir los hechos en tipos penales del Derecho Penal Internacional. En ambos casos, valga aclararlo, lo que se solicitaba era la extradición del causante y no la atribución de responsabilidad por un tribunal argentino. Sin perjuicio de ello, es posible coincidir con Parenti, en cuanto a que ha quedado evidenciado "un cambio de actitud frente a la capacidad normativa [interna] del derecho penal internacional" (Parenti, inédito, citado en Malarino, 2003, pág. 76).

15. Se hace referencia aquí a la dificultad de satisfacer plenamente el principio de legalidad en su acepción de *lex certa* a raíz de lo impreciso de las formulaciones de los delitos internacionales.

16. Sobre esta cuestión en particular, Zaffaroni sugirió que "Los apartados c) y d) del inciso 1 [del art. 31 del ECPI], es decir, legítima defensa y coacción, contienen fórmulas que son amplísimas, que no son admisibles para nuestro derecho interno vigente. Más aún —y en esto ha habido una crítica cerrada de los profesores belgas, particularmente de los de la Universidad de Lovaina— se ha llamado la atención sobre la circunstancia de que estos dos dispositivos legales parecen chocar frontalmente con todas las previsiones de la Convención de Ginebra. Yo diría que, sin forzar mucho la lectura de estos dispositivos, podría un defensor hábil tratar de encuadrar en algunas de estas justificaciones o exculpaciones la conducta nada menos que del señor Priebke. Esto nos da idea de la gravedad de colocar una fórmula de semejante amplitud en nuestra legislación interna. Estimo que es conveniente mantener nuestras eximentes, que son bastante limitadas y si el Tribunal de Roma en algún momento quiere absolver a alguien en función de esto, es un problema del Tribunal de Roma pero no de aplicación de nuestro derecho interno. De cualquier manera, insisto en que

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

esto no sería objetable" desde el punto de vista del derecho internacional (Zaffaroni 2004).

17. A ello agregó "La obediencia debida en la legislación penal, en el resto de los códigos que son extraños a [nuestra] tradición, no existe y no tiene razón de existir efectivamente. Porque la obediencia debida exime, pero exime cuando es estado de necesidad justificante; exime cuando es error invencible; exime cuando es una situación de necesidad exculpante; fuera de esos supuestos no exime. En consecuencia se... disuelve dentro de las otras eximentes. Creo que... simplemente podríamos adaptar nuestra legislación interna al Tratado de Roma suprimiendo el inciso que hace referencia a la obediencia debida en el Código Penal sin que nada cambie en la práctica, pues esos casos quedan comprendidos en los restantes incisos si son eximentes y, si no lo son, naturalmente no funcionan" como tales (Zaffaroni 2004).

18. En particular puede citarse el art. 7, inciso 4, del Estatuto del Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia y el art. 6, inciso 4, del correspondiente a Ruanda. En igual sentido, el art. 2, inciso 3, de la Convención contra la Tortura, el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el art. 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996).

19. "La única posibilidad... de rechazar esta cooperación sería la lesión de una regla constitucional por parte del requerimiento de la Corte. Y la pregunta del millón es si rigen o no los privilegios constitucionales de la autoridad pública argentina. Para esto, el art. 27 del Estatuto de Roma no determina —o no define claramente— el problema. Tampoco es posible que la ley diga sí o no a esta pregunta por la simple razón de que el Congreso no está autorizado, tampoco, a derogar una cláusula constitucional; es decir, no se aplica, en este caso, cuando la Corte Internacional lo requiere. El problema es, en cierta manera, insoluble para la ley." (Maier 2004)

Brasil

Luiz Otavio de Oliveira Rocha

Fiscal en Brasil y doctorado en Derecho penal por la Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

Como es largamente sabido, el 17 de julio de 1998, en Roma, los 160 países participantes de la "Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional" (de 15/17 de julio), después de discutir y deliberar sobre los distintos proyectos que tramitaban en el seno de la Comisión de Derecho Internacional acerca de los crímenes internacionales, decidieron por mayoría de

votos (120 a favor y 7 contrarios —Estados Unidos, China, Irak, Israel, Libia, Qatar y Yemen—, allende 20 abstenciones) establecer un Tribunal Penal Internacional-TPI (o Corte Penal Internacional-CPI), de carácter permanente, con competencia para juzgar a los autores de crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión¹, conforme el art. 5.º del Estatuto aprobado en la misma oportunidad².

El Tribunal Penal Internacional se instaló en La Haya luego de haber alcanzado (11 de abril de 2002) el número mínimo de 60 ratificaciones³. Cuenta con un cuerpo de 18 magistrados (presidente el juez canadiense Phillip Kirsh) y con un fiscal jefe (el abogado argentino Luis Moreno Ocampo), habiéndose constituido una estructura mínima que ya le permite funcionar.

Si se consideran los obstáculos que tuvo que superar para que llegáramos a este punto, no hay como negar el valor intrínseco de la creación de del Tribunal Penal Internacional, que emerge como uno de los mayores logros del Derecho sobre la fuerza⁴, de los imperativos de Justicia sobre las exigencias del orden Político⁵. Y esto, como destaca ESCOBAR HERNÁNDEZ, "con independencia de las valoraciones sobre el fondo que puedan realizarse más adelante"⁶.

II. Límites del Derecho internacional penal

Hasta el presente momento histórico, la alternativa que se impuso fue la de encargar este nuevo Derecho de tratar de los crímenes internacionales *stricto sensu*⁷, que son aquellos que afectan los bienes jurídicos de mayor trascendencia para la humanidad y que la comunidad internacional considera dignos de protección directa, es decir, por medio de instrumentos de realización de justicia como los Tribunales Penales "Ad Hoc" para a Ex-Yugoslavia⁸ y Ruanda⁹ y, especialmente, el Tribunal Penal Internacional de carácter permanente.

La jurisdicción supranacional que se busca implementar con el Tribunal Penal Internacional no está destinada a sustituir la jurisdicción interna de los Estados¹⁰. Por otra parte, la creación del Tribunal Penal Internacional ensalza la discusión sobre una cantidad nada despreciable de cuestiones jurídicas aún no resueltas en la doctrina.

De ahí que se deben tomar como naturales las críticas impartidas por sectores de la doctrina penalista en cuanto a la viabilidad del Tribunal Penal Internacional¹¹, casi siempre centradas en los defectos de su base normativa.

Revista Penal

Brasil

III. La resistencia de la doctrina

En realidad, puede observarse en los últimos años dos actitudes básicas de los juristas ante los retos que la globalización presenta al mundo jurídico, especialmente en el campo del Derecho Penal.

La primera es de negación. Se critican los institutos que se van proponiendo como medio para solventar los problemas típicos de la expansión de la criminalidad, sobre la base de que ellos suponen desconsiderar la barrera insuperable de la soberanía, cuya mayor expresión interna es exactamente la potestad estatal de crear y modificar el Derecho sin doblegar ante cualquier influencia externa.

La segunda, más articulada, se caracteriza por la aceptación condicional de los institutos jurídicos de matiz internacional, tan sólo en la medida que se ajustan o guardan similitud con sus correspondientes del Derecho interno. Siempre que es detectada una distinción, se tiende a considerarla como “disfunción”, que casi siempre genera una crítica desfavorable basada en las concepciones generales de que *lo internacional no se estriba en base estable, carece de la madurez del Derecho interno, y por ello representa una involución en la ciencia jurídica*.

No es difícil identificar en las dos posturas la influencia de las tradicionales concepciones monista e dualista del Derecho Internacional¹². En que pese la aparente incompatibilidad de la concepción monista con las propuestas de creación de un Derecho internacional penal, ya en los años sesenta ALFRED VERDROSS implícitamente la negaba al afirmar que la idea de que las normas jurídicas internacionales se aplicaran también —y de forma directa— a los individuos, en absoluto era incompatible con la visión *monista moderada*¹³.

Creo, sin embargo, que puede también identificarse en las críticas que se van haciendo al Estatuto de Roma una resistencia que más bien configura un prejuicio en contra de *lo nuevo*. Lo confirma el hecho de que tales críticas parten casi siempre de la premisa de que el Derecho penal interno —y, para nuestro entorno, el Derecho Continental—, es el *mejor* Derecho.

IV. Las perspectivas del DIP

Podría afirmarse, de acuerdo con algún autor¹⁴, que el hecho de que no sea posible construir desde luego una jurisdicción penal internacional capaz de atender a todas necesidades materiales y

formales deseables no autoriza que se adopte la alternativa de no hacerse nada en este sentido.

Pero esto no significa que deba contemplarse la evolución del Derecho internacional penal como un proceso que se basta a sí mismo. No hay ninguna razón para despreciar los avances alcanzados por el Derecho penal interno desde que la “la decadencia de la praxis del Derecho Penal”¹⁵ y la sistematización de los conceptos jurídico-penales, por FEUERBACH¹⁶, resultó en la aparición de la *dogmática penal*.

Al contrario, se advierte en la doctrina penalista de las dos últimas décadas¹⁷ una tendencia a replantear el Derecho penal como una ciencia de vocación internacionalista, tal como lo hiciera VON LISZT¹⁸. Sin embargo, con ello no quiere erigirse un sistema completo y cerrado de derecho internacional penal (el que parece tan lejos de realizarse como pudo parecer la misma creación de un Tribunal Penal Internacional a los críticos de las primeras propuestas en este sentido en los cuarenta¹⁹), capaz de sustituir los ordenamientos jurídico-penales internos, sino abarcar un “marco valorativo común”²⁰ con respecto a determinadas cuestiones de carácter fundamental, como son las que atañen a los derechos individuales y la dignidad de la persona, respecto de las cuales se muestra ya posible extraer un consenso de la mayoría expresiva de los Estados.

Y eso, desde luego, sin que quepa renunciar a construcciones futuras volcadas a expandir ese marco mínimo, a medida que el funcionamiento de ese sistema de Derecho penal supranacional paulatinamente cree las condiciones necesarias a la reducción de las innegables discrepancias culturales que se manifiestan en la actualidad, “de configuración *técnica y práctica...*, así como, obviamente, *ideológicas y científicas*”²¹.

De todas maneras, creo que las críticas de índole *nihilista*, con total independencia de que pueden ser contestadas con argumentos jurídicos, asimismo no deben ser recibidas sin reservas a medida que no son muy distintas de las que se ha venido haciendo con relación a todo y cualquier código de leyes penales elaborados internamente en los dos últimos siglos²².

V. El método de construcción del DPI

Cabe advertir en este punto que, de modo distinto del que ocurre en cuanto a la tarea de identificar los límites posibles de afectación de los institutos del Derecho internacional público en la formación del Derecho Internacional penal²³, no se muestra insuperable la de buscar la compati-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

lidad de los parámetros rectores del Derecho Penal de los principales sistemas jurídicos del mundo con vistas a la estructuración de un sistema general de justicia penal supranacional que sea limitado en sus objetivos primordiales y al mismo tiempo completo —y este término ha de ser entendido con referencia a la actualidad, ya que no se ha podido lograr hasta hoy, y tal vez no se pueda jamás, un sistema teórico de derecho penal perfecto y acabado— en lo que cuenta a la instrumentación de que deba estar provisto para perseguir sus objetivos.

Con respecto a este tema, debe aún considerarse que los distintos modos de tratar las cuestiones fundamentales relativas al estudio del fenómeno del crimen y los modos de llevar a cabo su represión, aunque hayan resultado en formulaciones doctrinarias de variadas matices, y en la adopción de diferentes métodos de aplicación de los institutos jurídicos, suelen ofrecer soluciones concretas de gran similitud, lo que desde una visión externa llega a ser una constatación “verdaderamente llamativa”²⁴.

Lo anterior pone de manifiesto que la principal de cuantas condicionantes deben considerarse al acometer el estudio del Derecho Internacional penal, es la toma por el intérprete de un criterio de examen no restrictivo, que pueda concebir referencias multidisciplinarias, con lo cual se evitará obstáculos insuperables al desencadenamiento de raciocinio jurídico productivo. Creo que sólo por este método puede llegarse a soluciones jurídicas que, sin dejar de ser compatibles con la doctrina penal compartida por la respectiva herencia cultural, tampoco implican en negación del sistema incipiente —y limitado— de justicia que empieza a tomar forma con el Tratado de Roma²⁵.

Cabe aún subrayar que no obstante el Derecho Internacional penal contemple alternativas distintas de las que normalmente se plantean en el derecho interno de los Estados de nuestro entorno, como, por ejemplo, en lo que refiere a la exigencia de *determinación* de la pena²⁶, eso no implica en merma al modo de concebir el derecho por éstos, a medida que, como queda claro en el Estatuto (art. 17 del ETPI), la *jurisdicción internacional* penal, como está aquí subrayado, no pretende sustituir los ordenamientos estatales, sino actuar de modo complementario o supletorio a cada uno de ellos.

El método de producción del nuevo Derecho que le corresponde, por lo tanto, puede basarse en la prueba de validez de los conceptos básicos del Derecho penal interno, pero desde que la invalidez (o de la validez parcial) de estos conceptos no implique en la automática recusa de probar nuevas

soluciones que sean compatibles con un orden internacional basado en principios democráticos y de justicia.

VI. Los fines primordiales del DIP

En este sentido, según creo, podría afirmarse que el fin primero que ha de buscar el Derecho internacional penal es el de *igualdad*. En un mundo globalizado, en el que acciones individuales pueden producir violaciones masivas de derechos fundamentales que son percibidas por toda la “comunidad internacional”, sólo puede entenderse como cometido legítimo del Derecho internacional penal el de consolidar límites penales uniformes y perfectamente visibles por todos, con relación a las infracciones relevantes desde el punto de vista *global*.

Además, si se acepta que el gran reto del principio del milenio es la democratización de la “sociedad internacional”, como propone el ex-secretario general de Naciones Unidas BOUTROS-GHALI²⁷, los ideales de igualdad y justicia deberán estar al frente de toda actividad creadora de nuevos institutos jurídicos, así como de la reforma de las organizaciones internacionales ya existentes²⁸.

VII. La dinámica del DIP

Ahora bien, creo que la creación del Tribunal penal internacional ya ha empezado a producir consecuencias alentadoras en el sentido referido.

No solamente los Estados-parte del Tratado de Roma, pero también los que aún no se han decidido por ratificarlo, y asimismo los que no pretenden hacerlo, están trabajando con vistas a adaptar sus legislaciones internas al texto del ER, creando y/o alterando tipos penales que establecen sanciones para los crímenes de Guerra, contra la humanidad y genocidio.

VIII. Particular referencia al proceso de adaptación de la normativa penal brasileña al Estatuto de Roma

Así como España, que el último 25 de noviembre aprobó la Ley Orgánica 15/2003, con la que “*Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional*”, tras la ratificación del Tratado de Roma (20 de junio de 2002)²⁹ Brasil empezó a elaborar proyecto de ley con la misma finalidad, el que se encuentra en trá-

Revista Penal

Brasil

mite en el Congreso Nacional desde octubre de 2002.

El proyecto contiene 133 arts. (dispuestos en 7 títulos) y contempla las cuestiones fundamentales relacionadas con el TPI, como son las definiciones de los crímenes de genocidio (artículos 18 al 21), de lesa humanidad (arts. 22/40) y de guerra (arts. 41/86: conflictos internacionales; art. 87: conflictos internos), las formas procesales (la prisión y la entrega, arts. 103-109; la prisión provisional por solicitud del TPI, arts. 111/114; el procedimiento aplicable, arts. 130/132), la ejecución de las penas (arts. 125/129) y la cooperación del estado brasileño con el TPI en todas sus formas (arts. 98/102 y 103/109).

Algunas de sus previsiones representan incluso un alargamiento del ámbito de protección de los bienes jurídicos recogidos en el Estatuto del proyecto como, por ejemplo, la que define el crimen de "segregación racial" (art. 39) como una especie de crimen contra la humanidad y algunos crímenes de guerra.

Sin duda, se advierten algunas imperfecciones en el texto, como la regulación de la obediencia debida (arts. 13/14), que se muestra más limitada que la del ER al no contener norma semejante a la de su art. 33, apartado 2 ("A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas"), la no inclusión de referencia al elemento "nacionalidad" en el tipo que establece el crimen contra la humanidad de privación de derechos (art. 37: *privar a alguien, sin justa causa, de sus derechos fundamentales, por motivos de pertenencia a grupo político, racial, étnico, religioso, cultural o de género*), la ausencia de cualquier disposición relativa a reparación de las víctimas, etc.

Pero la perspectiva de que el texto del proyecto pase a integrar la normativa brasileña en la materia supone un gran avance para el Derecho penal interno, puesto que podría llenar el importante hueco existente entre las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 (I y II)³⁰ y la práctica penal en el país, que no cuenta en sus Códigos Penales civil y militar con ninguna disposición que corresponda al contenido de aquellos instrumentos internacionales.

Tampoco puede dejar de valorarse el previsible efecto de integración cultural del conjunto de las fuerzas armadas con los nuevos conceptos jurídicos que pasarán a integrar el ordenamiento jurídico. Ello seguramente va a producir un salto cualitativo de la enseñanza en la formación de los militares de carrera, trayendo como resultado un enorme provecho ideológico y operacional: en primer lugar, porque implicará en un mayor acerca-

miento de Brasil al ideal de democracia que abrazó con firmeza con el ocaso de la dictadura a comienzos de los ochenta; en segundo, porque permitirá que el Estado brasileño pueda disponer de fuerzas armadas capaces de actuar dentro de los límites de la moderna doctrina de respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, lo que es sumamente importante en el momento histórico en que aboga ante la comunidad internacional por una plaza permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Notas

1. En realidad, al no haberse llegado a un consenso acerca de la definición del término "agresión", fue establecida la siguiente norma en el apartado 2 del art. 5 del Estatuto: "*La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*".

2. En adelante "Estatuto de Roma" o "ER".

3. En la fecha de 3 de mayo de 2003 el número de ratificaciones ya alcanzaba 94.

4. En contra de lo dicho por HERZOG, J. B., "Recuerdos de Nüremberg" (conferencia dictada el 3 de mayo de 1949 en la Universidad de Chile, bajo los auspicios del Instituto Chileno-Francés de Cultura), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, nos. 8 y 9, de mayo y junio de 1949, Santiago de Chile, para contestar a los "escépticos" críticos de Nüremberg: "Ciertamente que algunos, que no se recomiendan necesariamente por la doctrina jurídica, y que se encuentran más bien en los círculos filosóficos, literarios o sencillamente mundanos, donde reina el escepticismo, consideran que el Tribunal de Nüremberg no es sino un instrumento erigido por los vencedores para ejecutar a los vencidos; su sentencia, obtenida por la victoria y condicionada por la fuerza, no es sino un abuso de la fuerza y de la victoria". (...) Contesto yo a estos escépticos que Pascal, hace ya mucho tiempo respondió su argumento. Ellos han olvidado su célebre apóstrofo: "La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica; es preciso pues colocar juntos la fuerza y la justicia".

5. La convivencia de la moral y la política ha sido siempre una paradoja de la ciencia política, habiéndose ocupado de ella Maquiavelo y todos los que le sucedieron. KANT, I., *Sobre la paz perpetua* (presentación de Antonio Trujol y Serra y traducción de Joaquín Abellán), 6.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 48, por ej., estimando las dificultades de esa convivencia, afirmó que "... yo puedo concebir un *político moral*, es decir, un político que entiende los principios de la habilidad política de modo que puedan coexistir con la moral, pero no un *moralista político*, que se forje una moral útil a las conveniencias del hombre de Estado".

6. Cf. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., en *Crimen internacional y jurisdicción universal - el caso Pinochet* (Coordinadores: Mercedes García Arán y Diego López Garrido), Ed. Tirant lo Blanch, Valen-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

cia, 2000, págs. 229. La autora también considera que "... la adopción del Estatuto de Roma y la futura institución de la Corte Penal Internacional significan el triunfo de los criterios de humanidad y justicia y su plasmación en mayores aportaciones a la cultura jurídica del presente siglo" (*idem*, pág. 269). En ese sentido, adhiero totalmente a RODRIGUES CARRIÓN, Alejandro J. y PUEYO LOSA, Jorge, *Palabras previas*, en La Corte Penal Internacional, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, IX, cuando afirman que "aunque la Corte resultara un fracaso en su consolidación y funcionamiento, ha enseñado una forma de construir el Derecho internacional".

7. El art. 123 del Estatuto establece que siete años después de que entre en vigor el Estatuto se reexaminará la competencia del TPI en una Conferencia convocada para esa finalidad, en la que se discutirá la inclusión de otros crímenes además de los listados en el art. 5.

8. El Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución n. 827, de 25.05.1993, con el propósito de responsabilizar los autores de los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario cometidos durante la guerra que culminó con la fragmentación de Ex-Yugoslavia en diversos Estados.

9. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución n. 955, de 08.11.1994, con el propósito de contribuir al proceso de reconciliación en Ruanda y el mantenimiento de la paz en la región, por medio de la *sustitución de la cultura local de la impunidad por la de la responsabilidad*.

10. El Tribunal actuará tan sólo como mecanismo complementario a las, que seguirán manteniendo la preferencia para juzgar siempre que no se manifestaran las condiciones de admisibilidad previstas en su art. 17, es decir, la no disposición o la imposibilidad de los Estados de juzgar a los autores de dichos crímenes. Ésta fue la fórmula que hizo posible el consenso en torno a la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional en la Conferencia de Roma, a pesar de que "no cabe ninguna duda de que un futuro sistema de justicia internacional penal precisa en todo caso de una jurisdicción internacional" (cf. PIGRAU SOLÉ, A., "Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional", en *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática n. 4, Escuela Diplomática de Madrid/Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales/Boletín Oficial del Estado, edición a cargo de Concepción Escobar Hernández, Madrid, 2000, pág. 67).

11. Así, por ejemplo, MOCCIA, en ponencia hecha en Brasil durante el "9.º Seminario Internacional del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim", el 3 de octubre de 2003 (en prensa), titulada "La Corte Penale Internazionale: I Profili Della Legalità", tras examinar el Estatuto de la ICC desde el punto de vista del principio de legalidad concluyó que son tantos sus defectos que "Esto significa que, probablemente, para poder aspirar a una justicia penal internacional, será necesario escribir un nuevo Estatuto".

12. Como es sabido, los *monistas* creen en la unidad de los dos órdenes jurídicos, el nacional y el internacional, y su pensamiento

puede ser clasificado en dos vertientes: la que preconiza el primado del derecho nacional y la que pugna por la supremacía del derecho internacional (Esta última postura aún se subdivide: para el *monismo internacionalista radical* son inválidas las normas nacionales contrarias al Derecho internacional; para el *monismo internacionalista moderado* la norma nacional contraria al Derecho Internacional no rompe la unidad del sistema, siempre que pueda ser contestada con arreglo a los procedimientos de esa rama del Derecho). Los *dualistas* defienden que los dos órdenes jurídicos son autónomas, no habiendo entre ellas una conexión sistemática; de ese modo, las normas internas contrarias al Derecho Internacional obligan las autoridades (tribunales) del Estado en el que fueron elaboradas.

13. VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público* (traducción de Antonio Trujol y Serra), Ed. Aguilar, Madrid, 1961, pág. 74.

14. Esta posición ha sido defendida por el Comité de la Cruz Roja Internacional desde el comienzo de los trabajos en pro de la creación de una corte penal internacional. En la página Web del organismo se puede leer el siguiente comentario: "Hay quien opina que el derecho internacional, incluido el derecho humanitario, no va acompañado de un sistema centralizado y eficaz de aplicación y de sanciones debido, en particular, al estado actual de la estructura en la comunidad internacional. Sea como fuere, tanto en situaciones de conflicto como en tiempo de paz, que la jurisdicción vigente sea nacional o internacional, se violan las leyes y se cometen crímenes. Pero, sería mucho más condenable darse por vencidos frente a ese hecho y renunciar a toda actividad tendiente a mejorar el respeto del derecho humanitario".

15. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., pág. 85.

16. *Ídem*, *ibidem*, pág. 85.

17. En España destaca SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal — Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 2.ª ed., 2001, págs. 70 y ss.

18. Y en este campo puede incluso hablarse de que se trata de un nuevo "retorno a von Liszt", ahora no más en términos de crítica a sus concepciones, como ocurrió en fines de los años cincuenta y comienzo de los setenta, con ocasión de la reforma penal alemana, en particular en cuanto a la función socio-terapéutica del Derecho penal, mas sobre todo con respecto al acierto de sus afirmaciones —a las que bien podría encajar el adjetivo de *previsiones*, puesto que lanzadas en momento en el que no cabía ni siquiera imaginar que iban a producirse los fenómenos que hoy caben en la denominación unificadora y provisoria de "globalización", los que solamente hace pocos años enseñaran con claridad la vía por la que ahora parece conducirse la dogmática jurídico-penal— sobre el carácter supranacional del Derecho penal.

19. Véase, por ejemplo, las contundentes críticas dirigidas por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., págs. 1093 y 1106, a las obras de GLASER, S., *Quelques problèmes litigieux de Droit international pénal*, R. D. p. et C., trente-cinquième année, n. 5, febrero de 1955, págs. 403 y ss., y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal*

Revista Penal

Chile

internacional e Internacional penal, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1955-57, tras las que concluye que "No es posible que haya un Derecho auténticamente tal para la *comunidad* (refiriéndose a la '*comunidad de naciones*' añade), mientras ésta no exista" y que "hoy por hoy es utópica esa rama jurídica de nuevo cuño".

20. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., "*La expansión del Derecho Penal...*", ob. cit., pág. 85.

21. Como ejemplifica SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., pág. cit., "Es muy revelador el estudio relatado por Perron, ZStW 109 (1997), págs. 291 y ss. sobre el diverso modo de resolver técnicamente un caso típico de homicidio bajo el '*battered woman syndrome*' (síndrome de la mujer apaleada) en ocho países de la Europa occidental y en Estados Unidos. Si bien, existía una coincidencia en el sentido de imponer una pena de gravedad intermedia".

22. El proceso de elaboración del Código Penal Español de 1995 no se llevó a cabo sin debate intenso en torno de concepciones distintas sobre muchas cuestiones fundamentales del Derecho Penal, como son el principio de culpabilidad, los fines de la pena, los elementos de los tipos penales, etc. Esto, sin embargo, no impidió que se llegara a un texto final plagado de imperfecciones. Véase, por ejemplo, BELESTÁ SEGURA, Luis, "¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995? Examen del art. 5 de octubre de 2000", *Actualidad Penal*, Septiembre de 2001, Revista XXXI, cuando afirma que "La fórmula del art. 5 acaba por no satisfacer prácticamente a nadie. No agota el contenido del principio de culpabilidad. Si bien tampoco disgusta a la mayoría de la doctrina, al proclamar un principio que no es negado por nadie".

23. Quiero referirme, al modo de ejemplo, a la tormentosa cuestión relativa a la adopción, como fuente adicional del Derecho internacional penal, de la "costumbre internacional", que pasa por la necesidad de concebir el Derecho internacional penal con "una mayor flexibilidad, en cuanto a las fuentes admisibles, de la que estamos acostumbrados a contemplar en el ámbito del Derecho penal interno", en la medida que "es admisible la costumbre (internacional) como posible elemento integrador del tipo de delito, lo que no sería aceptable en el ordenamiento jurídico penal de un Estado de Derecho" (Cf. BUENO ARÚS, Francisco y JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, Francisco, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 25).

24. Así HENDLER, Edmundo S., *El Derecho penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992, pág. 36.

25. Sobre este punto, es interesante la matización de GUILHERME DE ARAGÃO, Eugênio José, *A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Derechos Humanos* (notas taquigráficas de ponencia hecha durante el colóquio internacional "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", organizado por el "Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal", el 30 de setiembre de 1999, en el "Superior Tribunal de Justiça", en Brasília-DF) sobre el "Derecho penal simbólico". El autor, tras reconocer el acierto de las críticas que se hacen al uso

"simbólico" del Derecho penal en el ámbito interno, aduce que "Parece que el Derecho Penal simbólico es la esencia del Derecho Penal internacional y tiene sus razones de ser funcionalmente. Con efecto, cuando se habla, en el Derecho Internacional, en punir crímenes por crímenes de agresión o mismo crímenes contra la humanidad, hay una clara necesidad de la comunidad internacional plantear directrices de lo que es bueno, de lo que es cierto y de lo que es equivocado. De alguna forma, ese discurso tiene que quedarse para la historia. No es posible que un Estado que aniquile una minoría, un grupo nacional, sea tratado con la misma indiferencia histórica que un Estado que cuida muy bien de su políticas públicas".

26. Véase al respecto, GRASSO, Giovanni & RAGAZZI, Simoni (Universidad de Catania), *in The International Criminal Court – Problems and Prospects*, Turin, 2002, págs. 47 y 48, quienes afirman que la jurisprudencia y la doctrina acerca del art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos contemplan la garantía de *legalidad de la pena* en un "sentido material", de modo que "lo importante es la *razonable previsibilidad* de la sanción consecuente a la comisión de un acto que sea considerado crimen por la ley nacional o internacional, lo que puede ser satisfecho sea por una previsión escrita, sea por una aplicación consolidada en la práctica".

27. V. artículo publicado en el periódico "Folha de S. Paulo", edición del 9 de mayo de 2004, São Paulo/Brasil, pág. A-3, bajo el título "Hacia la democracia global".

28. El autor, op. cit., afirma que "en primer lugar es necesario ampliar el ámbito de democracia en dentro del propio sistema de Naciones Unidas. Esto exige una reforma del Consejo de Seguridad y el fortalecimiento del Consejo Económico y Social (...). En segundo lugar, es crucial involucrar las empresas transnacionales en el proceso de democratización (...). En tercero, es necesario vincular el ejercicio del poder político y económico a las aspiraciones de participantes sociales y culturales, de las ONGs, de las ciudades, universidades, parlamentos, partidos políticos, grupos religiosos y mediáticos, etc. Eso no es fácil, pero no tenemos otra opción (...). Me gustaría creer —y me obstino a seguir creyendo— que la paz entre las naciones basada en la democratización de la globalización es concebible y alcanzable".

29. Autorizada por el Decreto presidencial n. 4.388, de 25 de setiembre de 2002, editado tras la aprobación del Estatuto de Roma por el Congreso Nacional de Brasil, por medio del Decreto-Legislativo 112, de 6 de junio de 2002.

30. A los que Brasil manifestó su aceptación en 1957 (Convenciones) y 1993 (Protocolos Adicionales).

Chile

Felipe Caballero Brun

Prof. de Derecho Penal; Univ. La República

Cuando Chile suscribió el 11/09/1998 el Tratado de Roma no resultaba imaginable que algunos

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

años después nuestro Tribunal Constitucional (TC) declararía que dicho tratado era incompatible con la Constitución por implicar una transferencia de soberanía a un órgano supranacional no permitida por la carta fundamental. A pesar de haber sido aprobado (enero de 2002) el proyecto de acuerdo del tratado en cuestión por la Cámara de Diputados por una amplia mayoría (67 votos a favor sobre 35 en contra); un grupo de los Diputados que votaron en contra recurrió ante el TC por estimar que la jurisdicción de la CPI no estaba permitida por la Constitución. Mediante sentencia del 08/04/2002 el TC acogió el aludido requerimiento¹ y estableció —en una discutible resolución— que: “*el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional... para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa*”.

Inmediatamente después de este fallo el Gobierno del Presidente Lagos envió, el 09/04/2002, al Congreso un Proyecto de reforma constitucional que introduce en la Constitución una disposición transitoria que autoriza al Estado de Chile para reconocer la jurisdicción de la CPI y establece directamente la compatibilidad de la Constitución en relación con la aprobación y ejecución del Tratado de Roma². Lamentablemente esta reforma constitucional, a la fecha, no ha tenido mayores avances en su tramitación parlamentaria. Tampoco el Ejecutivo ha utilizado respecto de ella el mecanismo de las urgencias legislativas (que también resulta aplicable al procedimiento de reforma de la Constitución). Todo lo anterior indica de modo claro que para el Estado de Chile la aprobación del Tratado de Roma es un hecho remoto e incierto de concretarse, a pesar de estar dentro de las prioridades políticas declaradas del actual gobierno.

De ahí entonces que en el nivel legal no se hayan producido adecuaciones destinadas a compatibilizar el derecho penal interno con el referido tratado.

Ahora bien tarde o temprano esta adecuación tendrá que necesariamente producirse; toda vez que en Chile, actualmente, no están tipificados en la ley penal los delitos de genocidio, así como tampoco los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sin perjuicio de que en nuestro país la Convención contra el Genocidio de 1948 y los Convenios de Ginebra de 1949 se encuentran vigentes, respectivamente, desde 1953 y 1951. Sin entrar a la discusión sobre la auto-ejecutabilidad o no de las disposiciones punitivas contenidas en las referidas Convenciones, pareciera existir con-

senso sobre la necesidad de establecer en nuestro derecho interno las tipificaciones correspondientes, así como también las penas correlativas³. Resulta ilustrativo sobre este punto que nuestra jurisprudencia, en el único caso que le ha tocado conocer sobre la materia (la extradición del criminal de guerra nazi Walther Rauff a comienzos de la década de 1960), estableció que el delito de genocidio establecido en la Convención homónima (vigente a la fecha en Chile) no estaba incriminado en nuestro ordenamiento jurídico⁴.

Por otra parte y desde comienzo del año 2003 en Chile existe una instancia oficial creada al alero del Ministerio de Justicia, denominada Comisión Foro Penal, que tiene como objetivo entregar a finales de 2004 un borrador de nuevo Código Penal para su posterior debate parlamentario. La Parte General de dicho CP se encuentra ya terminada y en ella se han previsto normas que guardan una especial compatibilidad con disposiciones del Tratado de Roma. En este sentido destaca la regulación que el referido borrador ha hecho del indulto, la amnistía y de la prescripción. Así en el Título V del Libro I, denominado “De la Extinción de la Responsabilidad Penal”, se establece que *la responsabilidad penal se extingue, entre otras causales, por la amnistía, el indulto y la prescripción sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establezcan al respecto*⁵.

Actualmente y durante todo el presente año 2004 se está trabajando, por la Comisión Foro Penal, el borrador de Parte Especial del nuevo Código Penal. En este borrador de PE se ha decidido establecer un Título específico dedicado a los delitos contra el Derecho Internacional, donde se ubicarán los delitos establecidos en el art. 5.º del Tratado de Roma de competencia de la CPI. Este Título específico debería ser elaborado antes de diciembre próximo.

Respecto a los delitos contra la CPI establecidos en el art. 70 del Tratado de Roma, el sistema de incriminaciones actualmente vigente que protege la Administración de Justicia en nuestro Código Penal resulta incompleto e insatisfactorio. Incompleto porque el CP contempla sólo los delitos de falso testimonio en juicio (arts. 206, 207 y 208), presentación en juicio de testigos o documentos falsos (art. 212) y obstrucción a la justicia (art. 269 bis); quedando varios comportamientos como por ejemplo: corromper a un testigo u obstruir su comparecencia, tomar represalias en su contra, intimidar a un funcionario de la Corte y solicitar o aceptar soborno en dicha calidad que no se encuentran hoy expresamente tipificados. Y deci-

Revista Penal

Colombia

mos también insatisfactorio por cuanto las incriminaciones existentes están construidas y estructuradas sobre la base de un bien jurídico de carácter nacional como lo es la administración de justicia chilena; con lo cual y debido a la prohibición de la analogía en materia penal no podrían tener operatividad también respecto de la CPI. Por todo lo anterior es que en relación a los delitos establecidos en el art. 70 del Tratado de Roma la legislación penal sustantiva deberá también adecuarse. Situación que deberá enfrentarse por la Comisión Foro Penal y decidir si estos ilícitos deberían recepcionarse como Delitos contra la Recta Administración de Justicia o —al igual que el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad— como delitos contra el Derecho Internacional.

En cuanto a proyectos adecuatorios al Tratado de Roma sobre normas procesales y/o de competencia no se han planteado iniciativas ni tampoco discusión al respecto. Sin perjuicio de ello se puede observar que en el ámbito de los procedimientos parecieran no existir mayores problemas de compatibilidad, toda vez que las resoluciones pronunciadas por los tribunales extranjeros tienen en Chile la fuerza que le reconocen los tratados respectivos⁶. Sin perjuicio de ello pareciera necesario que aquellos procedimientos que tienen relación con la investigación del Fiscal de la CPI en el territorio del Estado, debieran ser autorizados y regulados específicamente, a objeto de que la investigación y las medidas que de ella emanen posean (jurisdiccional interno) que garantice y cautela las garantías individuales.

Notas

1. Puede revisarse la sentencia en cuestión en www.tribunal-constitucional.cl, rol 346, año 2002.

2. Disposición transitoria cuadragésima primera: *"El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional."*

Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior."

Debe señalarse que existe también otro proyecto de reforma constitucional, originado en la moción de un Senador, que tiene por objeto reconocer de modo genérico la jurisdicción de tribunales internacionales; en detalle *vid.* Boletín N.º 3491-07.

3. Vale la pena advertir que en el seno del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra afinado un borrador de proyecto de

ley en este sentido, pero que no será enviado a trámite legislativo hasta que no se apruebe la reforma constitucional indicada en cita precedente.

4. *Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LX, sección 4.ª, págs. 112 y ss.

5. *Vid.* Numerales 3, 4 y 8 del art. 72 de la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal, Ministerio de Justicia —Comisión Foro Penal— Secretaría Técnica, Santiago, Diciembre de 2003. En relación con la prescripción, la amnistía y el indulto existe —en actual tramitación legislativa— un proyecto de ley presentado por un grupo de Diputados que incorpora un inciso final al actual art. 93 del Código Penal a fin de que la aplicación de las causales de extinción de responsabilidad penal mencionadas se verifique *"sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes"*; *vid.* Boletín N.º 3345-07.

6. Ver art. 242 del Código de Procedimiento Civil, aplicable para estos efectos al ámbito penal.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Magistrado de la Sala de Casación

Penal de la Corte Suprema de

Justicia de Colombia.

Profesor. Univ. Externado Colombia.

Este informe es puramente formal. Comunica sobre aquello que ha sucedido en el aspecto legal con la Corte Penal Internacional. No profundiza, porque aún no es tiempo, pues ese Tribunal apenas se halla en sus albores. Desde luego, ya es utilizado como modelo o paradigma, por ejemplo en seminarios, congresos, conferencias y, sobre todo, en la confección del nuevo Código de Procedimiento Penal que en la actualidad adelantan las Cámaras legislativas y que muy pronto será otro Código en nuestro medio.

Para arribar a la adopción del Estatuto de Roma, en Colombia se ha hecho lo siguiente:

1. Tras el intercambio de ideas entre las autoridades encargadas del asunto, se optó por modificar el art. 93 de la Constitución Política, para *adicionarle* dos incisos que permiten el ingreso, sin límites y sin excepciones, del contenido del Tratado.

El art. 93 original de la Constitución, que se refiere al valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos, decía:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Adelantado el trámite de reforma constitucional que culminó en el Acto Legislativo N.º 02 del 2001, se agregó lo siguiente:

“El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Así, se dio soporte máximo y total a los pasos siguientes.

2. El Congreso de Colombia, entonces, expidió la Ley 742 del 5 de junio del 2002, “Por medio de la cual se *aprueba* el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Esta Ley se reduce a transcribir el Tratado.

3. Como de acuerdo con el art. 241.10 de la Constitución Política, a la Corte Constitucional le compete “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban”, el Gobierno remitió a esta Corporación copia de la Ley mencionada.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-578, del 30 de julio del 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), tomó las siguientes determinaciones, luego de un amplio y prolijo estudio:

a) Declarar conforme a la Constitución Política la Ley 742 del 2002.

b) Declarar exequible el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Las decisiones obedecieron fundamentalmente a la ampliación que previamente se hizo del art. 93 de la Constitución, con la reforma citada del Acto Legislativo N.º 02 del 2001, pues por esa vía penetraron a nuestro ordenamiento jurídico fenómenos hasta ese momento extraños al mismo, por ejemplo los relacionados con la imprescriptibilidad de acciones penales, la pena de cadena perpetua, la inmutabilidad de las sentencias judiciales internas, y el carácter estricto, rígido, del principio de legalidad en materia de definiciones típicas.

No obstante, la Corte Constitucional hizo algunas precisiones, entre ellas las siguientes:

Una. La Corte Penal Internacional es *complementaria* de la jurisdicción penal nacional. Puede actuar cuando Colombia se niegue (*indisposición*) o no pueda (*incapacidad*) investigar o enjuiciar a los autores y/o partícipes de hechos delictivos. No es posible, entonces, que *suplante* o *sustituya* a la jurisdicción nacional.

Dos. Colombia no cede su soberanía porque actúe la Corte Penal Internacional. Y no la pierde porque ésta sólo puede obrar ante la indisposición o incapacidad mencionadas. Mientras tanto, la soberanía existe para proteger a los habitantes de Colombia y no para amparar a quienes violan los derechos humanos.

Tres. Cuando el párrafo 3.º del art. 17 del Estatuto dice que para determinar la incapacidad para investigar o juzgar se deben tener en cuenta ciertos motivos y “otras razones”, se debe entender que se refiere a “la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio”.

Cuatro. Para que la Corte Penal Internacional pueda intervenir *complementariamente*, se debe demostrar que en Colombia se ha adelantado un *proceso aparente*, o a través de un procedimiento guiado por un juez que no ha sido *imparcial e independiente*, es decir, cuando el funcionario judicial ha tenido el propósito de *sustraer* a la persona del alcance de la justicia.

Al contrario, si el trámite desarrollado ha sido genuino, o sea orientado a establecer la verdad de los hechos, a hacer justicia efectiva y a garantizar la reparación a las víctimas, la Corte Penal Internacional no puede ejercer jurisdicción.

Cinco. Como uno de los valores más importantes consagrados en la Constitución es el de la paz, es obvio que el Estatuto no pueda oponerse al otorgamiento de amnistías, indultos y mecanismos similares dirigidos a la búsqueda de esa paz y de la reconciliación nacional. Desde luego, se exceptúan aquellos eventos en los cuales se establece que, en el fondo, se trata de auto amnistías, leyes de punto final, amnistías en blanco y toda otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo.

Seis. En general, las definiciones típicas previstas en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto respetan la tradición del principio de legalidad. Aun cuando existen algunas *imprecisas* y más o menos *indeterminadas* —por ejemplo, “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”—, pueden ser admitidas, primeramente por la elasticidad que el derecho internacional otorga al

Revista Penal

Colombia

principio de legalidad —*nullum crimen sine iure*, en vez de *sine lege*—; segundo, por razones históricas; tercero, por la gravedad de las cuatro categorías de delitos que incorpora el Tratado; y cuarto, porque así lo asumió la reforma constitucional del Acto Legislativo N.º 02 del 2001.

Siete. El Estatuto excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente porque la Corte Penal Internacional investiga, juzga y castiga a individuos y no a Estados.

Ocho. La entidad del cargo oficial, como mecanismo defensivo que impediría la sujeción a una jurisdicción, no es admitida en el Tratado. Por ello, no es posible alegar a favor propio alguna inmunidad o fuero con el propósito de impedir la declaración de responsabilidad o de pretender una reducción de pena. Y ello es correcto, porque por encima de la inmunidad o fuero de los Jefes de Estado, de Gobierno y de otros altos cargos desempeñados por servidores del Estado, se ubica la protección de los derechos humanos.

Nueve. Aun cuando en general coinciden la Constitución y las disposiciones del Tratado en materia de derechos, importa hacer énfasis en la necesidad de no aceptar los procesos secretos que impiden al procesado y a su defensor desconocer las actuaciones, cargos y pruebas que configuran las diligencias desde la perspectiva del fiscal, como en que el derecho de defensa debe ser pleno, en todo momento de la investigación y del juicio.

4. Con fundamento en el art. 189.2 de la Constitución Política, en cumplimiento de la Ley 7.ª de 1944, y siguiendo muy de cerca la anterior decisión de la Corte Constitucional, el ejecutivo expidió el Decreto 2764, del 26 de noviembre del 2002, por medio del cual *promulgó* la Ley mencionada. De esta norma resulta esencialmente lo siguiente:

a) El 5 de agosto de 2002, Colombia depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, el Instrumento de Ratificación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

En consecuencia, el citado instrumento internacional entró en vigor para Colombia el primero (1.º) de noviembre de 2002.

b) Al momento de depositar el instrumento de ratificación, el Gobierno Nacional formuló las siguientes declaraciones:

Una. Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los

principios y normas de Derecho Internacional aceptados por Colombia.

Las normas de este estatuto deben ser aplicadas e interpretadas de manera concordante con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y, en consecuencia, nada de lo dispuesto en el estatuto afecta los derechos y obligaciones consagrados en las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, en especial las señaladas en el art. 3.º común a los cuatro convenios de Ginebra y en los Protocolos I y II a estos convenios.

Si llegara a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación y aplicación del Estatuto de Roma, de ser apropiado, de conformidad con los principios y normas que integran el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dos. Frente a los arts. 61, párrafo 2.º, literal b), y 67, párrafo 1, literal d), a los nacionales colombianos les deberá ser garantizado plenamente, en la investigación y el juicio, el derecho de defensa, en especial el que tienen a ser asistidos por un abogado, siempre en interés de la justicia.

Tres. Las “otras razones” a las que alude el art. 17, párrafo 3.º del Estatuto, tienen que ver con la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

Cuatro. Teniendo en cuenta que el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la *competencia complementaria* atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, es claro que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma modifican el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que le son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

Cinco. Con base en la facultad consagrada en el art. 124 del Estatuto, y sujeto a las condiciones establecidas en el mismo, no se acepta la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de los delitos a que se refiere el art. 8.º del Estatuto (crímenes de guerra), cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por nacionales colombianos o en territorio colombiano.

Seis. Las solicitudes de cooperación o asistencia se deben tramitar por vía diplomática, y en idioma español o acompañadas de una traducción a este idioma [art. 87, párrafo 1.º, literal a), y párrafo 2.º, inciso 1.º del mismo art.].

5. Y un punto pendiente: hacia agosto del año 2002, autoridades norteamericanas pidieron al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia,

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

y al Presidente de la República, que por la vía de un tratado bilateral eximieran a funcionarios y militares suyos de ser eventualmente llevados ante la Corte Penal Internacional. Por aquellos días Colombia insistía expresamente en que acataría en su totalidad el Convenio de Roma.

Ecuador

Dr. Efrain Torres Chaves
Universidad Central de Quito
y Universidad Católica de Loja

Hoy 11 de marzo de 2004, el mundo está estremecido, por el crimen de lesa humanidad cometido por individuos, seguramente apátridas que han asesinado a gran número de españoles inocentes que viajaban en sus trenes hacia Madrid.

Claro que no hay necesidad de recurrir a la Corte Penal Internacional, para el juzgamiento de este incalificable delito, pero que da lugar a que se piense que siendo el hombre un animal crudo y selvático, pese a la civilización actual, tiene que ser juzgado por el primer Juez que esté inmediatamente cerca de la figura penal correspondiente, como si después de cada Apocalipsis, habría que aplicar simplemente, los mandamientos del Decálogo de Moisés, sin que sirvan para nada ni leyes penales, ni jurisdicciones o competencias de clase alguna.

Para desgracia de nuestra Madre Patria, el caso de cientos de individuos dedicados a matar a otros por pasiones inentendibles no es el único, pues hay otros iguales o peores como el abuso de los imperios, que de modo increíble existen todavía en el mundo y los crímenes de guerra, resultantes de sus omnímodas voluntades y otros que por el celo económico de las drogas, tienen en jaque no solamente a la propia Colombia que es la víctima principal sino a todos sus países vecinos que sufren tanto dolor y lágrimas, simplemente por su fatal vecindad.

La intromisión de los Estados Unidos, en el problema interno entre los guerrilleros-narcotraficantes y el Gobierno de Colombia, ha producido en el Ecuador graves conflictos en varios órdenes, a tal punto que se ha cambiado desde el Presupuesto General del Estado, hasta la movilización distinta, hace poco tiempo de las pequeñas Fuerzas Armadas Nacionales.

La violencia en Colombia tiene, por lo menos, 60 años de edad y nació en el “Bogotazo”, así llamada a la destrucción de la mayor parte de la Ca-

pital del País, cuya procedencia se puso en cabeza del joven Fidel Castro, que había venido de Cuba, a alguna Universidad de Bogotá.

Luego, el asunto se situó en el inmenso sembrío de coca, que ha obligado a fumigaciones de territorios colindantes, en gran parte con el Ecuador.

Nuestro país, accedió a la petición yanqui, de permitir que el Puerto de Manta, pueda ser usado por la flota norteamericana, en persecución de las aeronaves que se despachaban hacia los Estados Unidos.

Todo esto, ha obligado a “internacionalizar” el problema colombiano, en desmedro de nuestra preciosa paz y tranquilidad de toda la vida Republicana.

Por todo lo anterior, se han hecho pedazos los proyectos de la posible Jurisdicción Internacional Penal, puesto que el Imperio, ha hecho suscribir tratados, por los cuales, los militares norteamericanos no pueden ser juzgados con las leyes de los países sudamericanos en donde han cometido crímenes comunes que naturalmente ni provienen de una guerra ni son genocidios ni de lesa humanidad y deben ser entregados, *ipso facto*, a su país de origen (recientemente un funcionario estadounidense asesinó en estado de embriaguez a un ecuatoriano, en plena Capital de la República, luego de disparar su arma desde el vehículo de la Embajada norteamericana).

Consecuentemente, se ha convertido en un mito que los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad, puedan ser incluidos en los papeles que iba a firmar o ratificar el Ecuador, al Estatuto de Roma.

Por su parte, el Gobierno de Colombia, pese a haberles cedido en la Presidencia de Pastrana, enormes territorios, para que en ellos exclusivamente vivieran quienes se habían separado, por la razón de sus propias armas, de los pueblos y ciudades de dicho País, habiendo sido calificados con los Estados Unidos como “bandidos”, “guerrilleros” o “terroristas” indistintamente, pero que al ser apresados, deben ser extraditados a los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que, los soldados norteamericanos que hubiesen cometido crímenes comunes o de cualquier clase, en Colombia, no pueden ser juzgados en esa jurisdicción sino, de la misma manera, entregados *ipso facto* a la Embajada Norteamericana de Bogotá, para que puedan ser expatriados a los Estados Unidos.

Esta Revista, gran aporte científico para la legislación y la justicia de todos los países, se ha preocupado siempre de los problemas generales de la delincuencia y es así como ya en su primer número de julio de 1997, publicó un estudio sobre

Revista Penal

••• España

la “**Europeización del derecho penal**” y luego de su “**Internacionalización**” del Profesor Winfried HASSEMAR, Catedrático de la Universidad de Goethe de Frankfurt y Magistrado del Tribunal alemán.

Luego el N.º 3 de la Revista Penal, trajo un estudio del profesor Fermín MORALES PRATS de la Universidad Autónoma de Barcelona sobre “**Los modelos de unificación de Derecho Penal en la Unión Europea**”.

El profesor Hans-Heinrich JESCHECK, en el núm. 8 de julio del 2001, calificó de “importante acontecimiento de la Historia del Derecho Penal y del Derecho Internacional” el nacimiento del Tribunal de Roma, antes del cual, únicamente existía la Carta de las Naciones Unidas.

La voluntad de 160 Estados, permitió crear una potestad penal internacional que limitaba las soberanías nacionales, en uno de sus puntos neurálgicos, conservando intacta, su potestad punitiva.

La historia se había dividido en pre-guerra, guerra y post-guerra, en la cual se preparaba nuevamente la siguiente conflagración.

Después de esa increíble Primera Guerra Mundial y cuando la humanidad todavía no salía de su asombro, estremecida en el Tratado de Versalles, se creó un Tribunal Especial que debía juzgar al Emperador Alemán.

Desgraciadamente, los Países Bajos no concedieron la extradición del Emperador que hicieron valer su jurisdicción y competencia territoriales. Ante la claudicación de los tribunales, ante el poder de la guerra, nuevamente en 1937, se creó en una conferencia internacional, convocada en Ginebra, por la liga de las naciones, un tribunal para combatir el terrorismo.

Las nubes negras de la Segunda Guerra Mundial, enterraron las grandes instituciones de paz que se habían formado, como la Liga de las Naciones, el Tribunal de la Cruz Roja, etc.

Fue necesario que Alemania se quedara hecha pedazos, para que se impusiera la conformación del Tribunal Militar de Nuremberg, para juzgar casi como un verdadero órgano de jurisdicción internacional, los juicios penales, ocasión en la cual, propiamente se conforma el “Código Penal Internacional”, como un primer paso al Estatuto del Tribunal Penal.

Se debe recordar, que también en Tokio, paralelamente se formó un tribunal militar del Extremo Oriente, para conocer los juicios contra los dirigentes militares y políticos del Japón.

De todo esto, se infiere que paso a paso y lentamente, la humanidad ha querido desesperadamente huir de la guerra y castigar a los culpables que la provocan, y así las Naciones Unidas forma-

ron la “*International Law Commission*”, la que trabajó en una redacción de los tipos penales que se habían aplicado en Nüremberg y que encajen en una jurisdicción penal internacional.

Es obvio suponer, que el Derecho Internacional puro y la Diplomacia, han dado mucho trabajo para la elaboración de tipos penales que puedan ser aceptados internacionalmente y por eso es que al fin se ha concluido que el **genocidio**, por ejemplo, protege a cualquier grupo nacional de cualquier raza o religión frente a acciones con la finalidad de destruirlos en todo o en parte.

Los delitos contra la humanidad, se entienden como todo ataque contra una población civil como homicidios premeditados expulsión de determinados pueblos “limpieza étnica”, los actos difusos de violencia sexual o “supresión secreta de personas”, como sucedieron en Chile y Argentina, a través de los “Escuadrones de la muerte” en sus respectivos regímenes militares.

En esta materia, los juristas del mundo entero se dividieron cuando en el caso de Pinochet, el Juez español Baltasar Garzón, le persiguió en Inglaterra, lo que causó alarma, porque se decía que con esto comenzaba la destrucción total de las fronteras de todos los países y que el derecho iba a caminar con jurisdicción y competencia mundiales y para toda clase de delitos como realmente han pensado algunos criterios libres que definen a la justicia como justicia, al derecho como derecho y al delito como delito, siempre que se hay superado la arbitrariedad, la falsedad, el acomodo procesal y todos los vicios que han lesionado, desgraciadamente, la respetabilidad de la justicia a la que muy merecidamente se la puso en el Olimpo como una de sus principales Diosas.

España

Prof. Dr. Adán Nieto Martín
Universidad de Castilla-La Mancha

La ratificación y adaptación del ordenamiento español a lo dispuesto en el Estatuto de la Corte penal internacional se ha instrumentado mediante tres normas diferentes. La LO 6/2000 de 4 de octubre, que autoriza la ratificación del Estatuto; la LO 15/2003 que ha armonizado las disposiciones del CP español con los tipos penales previstos en el Estatuto de Roma y, finalmente, la LO 18/2003 de cooperación con la Corte penal internacional. Para entender la extensión y las

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

necesidades de adaptación ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con el derecho español los tratados internacionales una vez ratificados tienen carácter autoejecutivo por lo que pueden ser aplicados directamente por los tribunales españoles. Este principio de aplicación directa se encuentra limitado, sin embargo, por el principio de legalidad.

Por esta razón si bien existen disposiciones del Estatuto de Roma que son directamente aplicables y cuya introducción en el derecho interno no resultaba necesaria, sí que resultaba imprescindible la actuación del legislador con el fin de introducir determinadas figuras delictivas en el CP, e igualmente desarrollar aspectos de la cooperación con la Corte.

El aspecto más destacable de la Ley 6/2000 de adaptación es la condición relativa a los supuestos de cadena perpetua. Las penas privativas de libertad impuestas por la Corte sólo pueden ejecutarse en nuestro país si “la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”. Esta reserva, amparada en el art. 103.1 b) del Estatuto, viene exigida por el principio de resocialización de las penas que se establece en el art. 25.2 de la Constitución¹. Mayoritariamente se considera que la pena de cadena perpetua, como la establecida en el art. 77.1 b) del Estatuto, resulta incompatible con este principio. En realidad, y en sintonía con la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos, más que el *nomen iuris* de la pena o su duración en abstracto, lo que provoca su colisión con la Constitución es que no se haya previsto un mecanismo de revisión, incluido el derecho de gracia, que permita al condenado recuperar su libertad. En cualquier caso, tras las últimas reformas penales, y la instauración del denominado cumplimiento efectivo de las penas, la dureza del CP español conducirá a que sólo en casos extremos pueda ser de aplicación la anterior reserva.

El Estatuto de Roma en relación a los derechos penales nacionales no contiene, a diferencia de otras convenciones internacionales, un número elevado de *deberes de penalización directos*. Únicamente el art. 70.4 del Estatuto obliga a los Estados firmantes a que “castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hacen referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales”. Con el fin de dar cumplimiento a este mandato, a través de la LO 15/2003 de reforma del Código penal se ha introducido dentro del Título XX un

nuevo Capítulo IX “De los delitos contra la Administración de Justicia en la Corte Penal Internacional”, cuyo único artículo —471 bis— reproduce, con pequeñas modificaciones, los delitos contra la Administración de Justicia previstos en el art. 70.1: falso testimonio; presentación de pruebas falsas, corrupción, obstrucción o interferencia de testigos; intimidación, obstrucción o poner trabas a un funcionario de la Corte y cohecho activo y pasivo de los funcionarios de la Corte internacional. Aunque los marcos penales son similares, las conductas sancionadas en este lugar difieren en algún caso de los correspondientes delitos contra la administración de justicia nacional, como ocurre especialmente con la corrupción de testigos (art. 471 bis 2 y 3) y la alteración de pruebas que sólo puede equipararse de algún modo a la conducta prevista en el art. 465 del CP. Otras conductas como el cohecho de funcionarios judiciales (art. 471 bis 4 y 7) se tipifican en el caso de funcionarios nacionales en el marco de los delitos de cohecho. En materia de corrupción, resulta a mi juicio discutible el que pueda ser sancionada la corrupción pasiva o activa de un juez de la Corte, ya que el principio de legalidad impide considerarlos incluidos entre los funcionarios españoles a los efectos del delito de cohecho. Por otro lado, debe advertirse, que alguna de las conductas resultan poco taxativa, como singularmente el poner “trabas a un funcionario de la Corte” (núm. 5), y en relación a otras el legislador ha utilizado expresiones ajenas a nuestro vocabulario jurídico penal “tomas represalias”, que tiene un campo semántico más amplio que la amenazas o intimidación.

Al lado de estas obligaciones de penalización directa, del principio de complementariedad, una de las piezas claves en el diseño del Estatuto, se desprendían para los Estados firmantes la *necesidad de armonizar sus disposiciones penales internas con los delitos previstos en los art. 6 y ss.*². El Estatuto de Roma contiene tres figuras delictivas el genocidio (art. 6), los crímenes de lesa humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). De estas infracciones la única que era desconocida para el CP español era la prevista en el art. 7.

La LO 15/2003, que no entrará en vigor hasta el 1 de octubre de 2004, además de introducir en nuestro ordenamiento los delitos de lesa humanidad ha modificado los crímenes de guerra aproximándolos a la regulación del Estatuto. El delito de genocidio ha permanecido, en cambio, inalterado. Igualmente deben analizarse en este punto la adaptación interna a las disposiciones de Parte general de los arts. 22 y ss., pues también ha generado previsiones específicas.

Revista Penal

••• España

En su gran mayoría las modificaciones se ubican en el Título XXV del CP, Delitos contra la comunidad internacional.

La LO 15/2003 sigue en este punto prácticamente al pie de la letra la propuesta que había realizado en este punto el Grupo de Estudios de Política criminal. El año 2002 este Grupo, compuesto por profesores de Universidad, jueces y fiscales, publicó un estudio titulado "Una propuesta de justicia penal internacional", que contenía una "propuesta de reforma del Código penal, del código penal militar y de la ley orgánica del poder judicial"³. Este texto resulta fundamental para la interpretación de los nuevos preceptos, pues supone el material prelegislativo más importante. La reforma penal en lo que se refiere al Estatuto de la Corte, ha pasado casi desapercibida dentro de la avalancha legislativa acaecida durante el último semestre de 2003.

Los delitos de *lesa humanidad* (art. 607 bis, Capítulo II bis) se acomodan a la propuesta del Estatuto. De este modo, se penaliza la comisión de determinados delitos contra bienes jurídicos individuales dentro de un contexto, el ataque sistemático y generalizado a una población civil. Los concretos delitos reseñados sólo adquieren su dimensión de delitos contra la Comunidad internacional si se relacionan funcionalmente con los elementos del contexto señalado el art. 607 bis. 1. La alteración más importante es que se destacan los supuestos de persecución y apartheid incorporándolos a la definición inicial⁴. Asimismo la descripción de algunas conductas típicas se aparta del tenor literal del Estatuto (exterminio) para describirse utilizando la terminología jurídica interna (asesinato, homicidio). Las penas se han establecido siguiendo el sistema dosimétrico del CP, en cuanto que la remisión genérica a un conjunto de penas más o menos indeterminada resulta incompatible con los principios de legalidad y proporcionalidad. Los marcos penales se han establecido a partir de la penalidad establecida para hechos semejantes sancionados por el CP, introduciendo una agravación acorde con la especial gravedad del contexto⁵.

Los *crímenes de guerra o delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado* (arts. 608-614 bis) tienen una regulación más compleja que procede del CP de 1995. La adaptación del Estatuto de Roma no ha alterado sustancialmente el derecho positivo español. Dentro de este grupo encontramos una serie de figuras delictivas que se producen en un contexto bélico, *el conflicto armado*, expresión con la que se quieren incluir tanto situaciones de guerra declarada, como conflictos internos, y que es la que da

nombre común a un conjunto de infracciones bastante heterogéneas y cuya sistematización es bastante objetable⁶.

La realización de comportamientos prohibidos contra *personas protegidas* (art. 608). Los comportamientos se encuentran tanto en el art. 610 (maltrato de obra, puesta en grave peligro de la vida, la salud o la integridad física, tortura o tratos inhumanos o sometimientos a actos médicos no indicados), como en el art. 611 (deportaciones o traslados forzosos o detenciones ilegales) y en el art. 612 (núm. 3).

El empleo de métodos de guerra prohibidos o desproporcionados por causar padecimientos innecesarios, aterrorizar al conjunto de la población o causar daños desproporcionados en la población civil (art. 610 y art. 611.1.º).

Protección de determinadas instituciones, símbolos y bienes culturales o de otro tipo (arts. 611.2, 612 y 613).

Ataques contra la población civil que no constituyen propiamente supuestos de métodos de guerra: deportaciones, asentamiento ilegales en el territorio ocupado, realización de prácticas de segregación racial e impedir o demorar la repatriación de prisioneros (art. 611, 6.º, 7.º, 8.º y 9). La introducción de estas conductas por la LO 15/2003 es la innovación más importante en lo concerniente a los crímenes de guerra.

La adaptación al Estatuto ha supuesto también la introducción de figuras y disposiciones que tienden a resolver problemas de Parte general. Es el caso singularmente del 615 bis en el que se regula la responsabilidad del superior jerárquico. Aunque ésta podía establecerse a partir de la inducción y, sobre todo, la comisión por omisión (art. 11 CP), en aquellos casos en los que la autoridad o jefe militar no adopte las medidas necesarias para impedir alguno de los delitos anteriores, este precepto amplía la responsabilidad a los supuestos de omisiones imprudentes, lo que desde un punto de vista práctico tiene gran importancia⁷. Otras disposiciones de PG afectan a la prescripción (art. 131.4), declarando la imprescriptibilidad de estos delitos en conformidad con el art. 29 del Estatuto. Igualmente en el delito de encubrimiento (art. 451.3.º) se declara expresamente que el favorecimiento personal de los delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos resulta punibles⁸.

La tercera ley clave en el proceso de adaptación del ordenamiento español al Estatuto es la LO 18/2003 de cooperación con la Corte penal internacional, cuyo objetivo es regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte penal internacional en el ejercicio de la ju-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución. La Ley establece el denominado “mecanismo de activación” atribuyendo exclusivamente al gobierno la competencia para la denuncia de hechos ante la Corte; regula los conflictos de competencia entre la Corte y la jurisdicción española (arts. 8-10); la detención y libertad provisional de persona detenida en cumplimiento de una orden de la Corte (arts. 11-12); el procedimiento de entrega —extradición— (arts. 13-20); otros mecanismos de cooperación judicial, incluidos los que han adoptarse para la reparación (arts. 21 y 23, 25); la ejecución de la pena privativa de libertad en nuestro país (art. 22) y la intervención de España en calidad de *amicus curiae* ante la Corte (art. 24).

Aunque con estas tres leyes, la adaptación del ordenamiento español al Estatuto de la Corte se ha concluido en sus aspectos más importantes. Faltaría aún no obstante por abordar la discusión relativa a si el principio de justicia universal recogido en el art. 23.4 de la LOPJ además de al delito de genocidio, debe extenderse a los delitos de lesa humanidad y a los crímenes de guerra. En este sentido se había mostrado el Grupo de estudios de política criminal⁹, al que el legislador no ha seguido en esta ocasión.

Notas

1. Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, “La CPI. Implementación en derecho penal español”; en DIEGO DÍAZ SANTOS/FABIÉN CAPARRÓS/RODRÍGUEZ GÓMEZ, *La reforma penal a debate*, Colex, Madrid, 2004, pág. 72.

2. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español”, en *El derecho penal internacional*, Cuadernos de derecho judicial, Escuela Judicial, 2001, págs. 16 y ss. WERLE/JESSBERGER, “La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán”. *Revista Penal*, n.º 12, 2003, 129-130.

3. *Grupo de Estudios de Política criminal*. Una propuesta de justicia penal internacional. Documentos 6, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

4. *Vid.* para más detalles *Grupo de Estudios de política criminal* (not. 3), págs. 38 y 44, la argumentación ofrecida es que la persecución y el apartheid pertenecen al contexto y no deben aparecer confundidas tal como ocurre en el Estatuto con las distintas infracciones. Crítica esta divergencia, que otorga mayor amplitud al CP español que al Convenio, *Méndez Rodríguez* (not. i), pág. 81.

5. *Vid.* *Grupo de Estudios de política criminal* (not. 3), pág. 40. Así, por ejemplo, el homicidio, sancionado generalmente con pena de 10 a 15 años (art. 138), como delito de lesa humanidad

tiene una pena de 15 a 20 años. En la redacción del delito de lesa humanidad se establece con claridad que las penas fijadas lo son en relación a una sola conducta típica, por lo que son de aplicación las reglas generales de los concursos de delitos.

6. Otro problema importante de esta regulación es su relación con el derecho penal militar, *vid.* al respecto *Tamarit Sumalla*, Art. 615, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la PE del Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2003, págs. 1687 y s.

7. *Vid.* *Grupo de Estudios de política criminal* (not. 3), págs. 51-52.

8. *Vid.* las consideraciones sobre este punto del *Grupo de Estudios de política criminal* (not. 3), págs. 43-44.

9. *Grupo de Estudios de política criminal* (not. 3), pág. 57.

Grecia

Dr. Dimitris Ziouvas, LL.M.
Abogado en Atenas y Francfort
Pte. del Comité de jóvenes
Penalistas de AIDP

Grecia está entre los primeros países que han firmado y ratificado, por medio de la Ley 3003/2002, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, lo que ha supuesto su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. El Estatuto prevalece sobre el Derecho interno. La transposición del Estatuto en el ordenamiento jurídico griego supone ciertas obligaciones para Grecia, que debe proceder a la criminalización (extensión de la aplicación de las penas) de aquellos actos, que han sido catalogados por el Estatuto como crímenes, así como llevar a cabo otras modificaciones concernientes a nuestros procedimientos legales.

De conformidad con el art. 5, la competencia del Tribunal Penal Internacional se extiende a los siguientes crímenes:

- a. El crimen de genocidio;
- b. Los crímenes contra la humanidad;
- c. Los crímenes de guerra;
- d. El crimen de agresión.

El Estatuto entiende por “*genocidio*” cualquiera de los siguientes actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como:

- a. Matanza de miembros del grupo;
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

Revista Penal

••• Grecia

e. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Grecia ha ratificado la correspondiente Convención sobre Genocidio por medio de la Ley 3091/1954. Sin embargo, hasta la fecha no teníamos una Ley que definiese de forma específica las penas para genocidio.

El Estatuto entiende por “*crímenes contra la humanidad*” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de ese ataque:

- a. Asesinato;
- b. Exterminio;
- c. Esclavitud;
- d. Deportación o traslado forzoso de población;
- e. Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del Derecho internacional;
- f. Tortura;
- g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de comparable gravedad;
- h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables según el Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia del Tribunal;
- i. Desaparición forzada de personas;
- j. El crimen de apartheid;
- k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El Derecho griego ya contemplaba penas para la mayoría de los crímenes descritos en el art. 7 del Estatuto; sin embargo, éstos se consideran como hechos aislados y no como crímenes que han sido cometidos bajo las circunstancias especiales existentes que se dan en tiempo de guerra. Así por ejemplo:

El art. 299 del Código Penal griego (CP) contempla el homicidio intencionado; el art. 137 A CP abarca la tortura y otros insultos a la dignidad humana; el art. 323 CP, la esclavitud; el art. 325 CP, el encarcelamiento contrario a la ley; el art. 336 CP, la violación; el art. 349 CP, la prostitución forzada; el crimen del Apartheid está contemplado en la Ley 927/1979.

Es necesario por tanto que se establezca un tratamiento distinto para este grupo de crímenes y se determinen las penas apropiadas.

El Estatuto define los “crímenes de guerra” como: las Infracciones graves de la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Muchos de ellos están contemplados en el Código Penal o en el Código Militar (CM)

Así por ejemplo:

1. El homicidio intencionado del art. 299 del CP.
2. La tortura y el trato inhumano, incluyendo los experimentos biológicos, en el art. 137 A del CP y arts. 156, 157 y 161 del CM.
3. Causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud (arts. 156, 157 y 161 del C.M. así como el Capítulo 16 del Código Penal, arts. 308 y ss.).
4. La destrucción extensiva y apropiación de propiedad no justificada por necesidad militar y llevada a cabo de una forma ilegal y gratuita, contemplada en parte en el art. 150 del C.M. así como en los arts. 372, 381 y 382 del CP.
5. El crimen de forzar a prisioneros de guerra u otras personas protegidas a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, en el art. 159 del C.M.
6. No se contempla la privación deliberada a un prisionero de guerra u otra persona protegida, del derecho a un juicio justo y con las debidas garantías, aunque se puede considerar establecido parcialmente en el art. 325 o 326 del CP.
7. No se contempla la deportación o el traslado ilegal.

8. La toma de rehenes, en el art. 161 del C.M.

En su gran mayoría, no están contemplados por el ordenamiento griego *los actos denominados como otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional*, de la misma forma que *los actos enumerados, en el caso de un conflicto armado que no tenga carácter internacional*.

La transposición del Estatuto al ordenamiento jurídico griego requiere asimismo la adopción de medidas penales y procesales adicionales.

Así, de acuerdo con el párrafo 4 del art. 70 del Estatuto, “todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales”.

De conformidad con el art. 88 del Estatuto (Procedimientos aplicables en el derecho interno) los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la pre-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

sente parte (parte 9, cooperación internacional y asistencia judicial).

La ratificación del Estatuto ha supuesto la creación de una nueva situación en nuestro sistema penal y de procedimientos. Se ha producido una concesión de poder voluntaria del Estado, en la que no sólo son vinculantes las decisiones finales del Tribunal Penal Internacional sino también las de sus órganos; por ejemplo, el art. 59 del Estatuto dispone que la autoridad competente del Estado de detención no podrá examinar si la orden de detención fue dictada conforme a derecho con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 1 del art. 58.

El Estatuto introduce la responsabilidad penal individual de personas físicas, la cual se extiende al Jefe de Estado o de gobierno, miembro de gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno. El cargo oficial no les exime en ningún momento de responsabilidad penal, ni constituye un motivo para reducir la pena (arts. 25, 27 del Estatuto).

Los principios generales de Derecho penal permanecen inalterados, pero el Estatuto aporta una dimensión especial a la responsabilidad penal individual, en el elemento mental, en los motivos de exclusión de la responsabilidad penal (enfermedad mental, intoxicación, defensa, amenaza), en el error de hecho o de Derecho.

De lo anterior dicho se desprende la necesidad de la constitución de un Comité por el Ministerio de Justicia, en cooperación con el Ministerio de Defensa y otras instituciones (universidades, Organizaciones no gubernamentales, etc.) que se compondría de criminólogos especializados, profesores y Jueces, y que aclararía y establecería las modificaciones legislativas que son necesarias en el ordenamiento jurídico griego tras la ratificación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

Bibliografía:

Títulos en griego:

MYLONOPOULOS, *Derecho penal internacional*, Atenas 1993.

UNIÓN DE PENALISTAS GRIEGOS, *El Derecho penal en el nuevo entorno internacional*, Atenas 2001.

I. MANOLEDAKIS/ C. PRITTWITZ, *Internacionalización del Derecho Penal*, Atenas-Tesalonica, 2003.

E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU/ M. KAIAFAGBADI/ N. BITZILEKIS/ A. PAPADAMAKIS/ TH. PAKYRIAKOU/ G. NOUSKALI/ G. NAZIRI, *El Derecho humanitario internacional en el ejemplo*

de los crímenes de guerra. Obligaciones internacionales de Grecia y medidas de adaptación (en imprenta).

Títulos en alemán:

C. PRITTWITZ/ I. MANOLEDAKIS (Editor), *Problemas del Derecho penal de fin de siglo*, Baden-Baden 2000.

N. PARASKEVOPOULOS, "Los tribunales penales internacionales y su significado en la política criminal internacional", en: PRITTWITZ/MANOLEDAKIS, *id.*, págs. 161 y ss.

K. AMBOS, *Sobre los fundamentos jurídicos del Tribunal Penal Internacional, un análisis del Estatuto de Roma*, ZStW 1999, págs. 175 y ss.

Guatemala

Alejandro Rodríguez Barillas

Profesor

Guatemala es un país con una historia masiva de violaciones a los derechos humanos. Durante cerca de cuatro décadas, de 1960 hasta 1996 el país vivió un conflicto armado interno, y una dictadura militar que ejerció el terrorismo de Estado como forma de gobierno. Como producto de los *Acuerdos de Paz*, suscritos entre la *Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca* se instaló en Guatemala la *Comisión de Esclarecimiento Histórico* (CEH) o comisión de la verdad, con el objeto de recabar las violaciones a los derechos humanos cometidos durante el conflicto armado interno.

La CEH comprobó que a lo largo del enfrentamiento armado el Ejército de Guatemala diseñó e implementó una estrategia para provocar terror en la población. Esta estrategia se convirtió en el eje de operaciones, tanto en las de estricto carácter militar como en las de índole psicológica y las denominadas. Dentro de este marco de terrorismo de Estado, el Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico concluyó que en Guatemala, las fuerzas militares habían cometido genocidio contra los pueblos mayas. También señaló que aproximadamente 200.000 civiles fueron ejecutados extrajudicialmente o sometidos a desapariciones forzadas. Añade que en Guatemala hubo un uso sistemático de la tortura contra los opositores políticos. La tortura se aplicó a casi todas las personas que fueron objeto de desapariciones forzadas y fue el trágico precedente de las ejecuciones arbitrarias.

Como parte de una política de terror estatal, las prácticas de tortura, desaparición forzada, ejecu-

Revista Penal

Guatemala

ción extrajudicial y genocidio fueron cometidos de manera clandestina y asegurando la impunidad de sus autores. Esto socavó profundamente las instituciones democráticas, especialmente el funcionamiento de la justicia. Los jueces toleraron o participaron directamente en la impunidad que daba cobertura material a las violaciones más elementales de derechos humanos, los órganos de justicia se volvieron inoperantes en una de sus funciones fundamentales de protección del individuo frente al Estado y perdieron toda credibilidad como garantes de la legalidad vigente. Permitieron que la impunidad se convirtiera en uno de los más importantes mecanismos para generar y mantener el clima de terror.

Por lo tanto, en Guatemala se cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en una proporción no equiparable a ningún otro país del Hemisferio. No obstante, la magnitud e intensidad de los crímenes cometidos, hasta el momento el sistema de justicia nacional ha sido incapaz de juzgar y sancionar a los militares y demás funcionarios públicos que participaron en los actos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desaparición extrajudicial, entre otros. Hasta una época relativamente reciente, 1994 se iniciaron las exhumaciones de cementerios clandestinos en el país. Existen todavía una vasta cantidad de ellos, incluyendo algunos que se encuentran en destacamentos y bases militares. Pero lo más grave, es que la población civil aún se encuentra bajo el temor de ejercer su derecho a la justicia, por temor a represalias. De esa cuenta, a casi diez años de la finalización del conflicto armado interno, la impunidad sigue siendo la norma en Guatemala.

Las reflexiones anteriores enmarcan la discusión sobre la necesidad de una Corte Penal Internacional, en situaciones de terrorismo de Estado y de dictaduras militares, el sistema de justicia interno se halla bajo el control y manipulación directa de los detentadores del poder político. El resultado ineludible en todo ello es una complicidad en las atrocidades o cuando menos una indiferencia silenciosa. El colapso total que produce en las instituciones judiciales (incluyendo policía, Ministerio Público, abogados), impide que en años posteriores a la caída de tales dictaduras pueda realmente iniciarse procesos judiciales contra los autores materiales. Es necesario por tanto la actuación de tribunales penales internacionales como una garantía fundamental de los derechos humanos.

Si bien en el caso de Guatemala, el Estatuto de Roma no puede ser aplicado para juzgar a los responsables de los *Crímenes Contra la Humanidad* perpetrados durante el conflicto armado, lo cierto

es que constituye una necesidad que existan mecanismos internacionales para que no se repitan estos hechos en el futuro.

Debido precisamente a la magnitud de los crímenes cometidos en Guatemala, existen poderosas fuerzas contrarias a la adhesión de Guatemala al Estatuto de la Corte Penal Internacional. No obstante, se han dado algunos avances significativos. En el año 2001, el Presidente de la República sometió a la Corte de Constitucionalidad una opinión consultiva para determinar si el Estatuto de Roma era compatible con la Constitución Guatemalteca. La Corte de Constitucionalidad dio¹ su asentimiento para la adhesión¹.

Como puntos centrales de la Opinión consultiva el Presidente señaló que el Estatuto de la Corte Penal Internacional se rige por el principio de complementariedad, es decir, podrá ejercer su jurisdicción si considera que los sistemas judiciales son incapaces o no existe voluntad para cumplir con sus obligaciones. En este contexto, se preguntó si el Estatuto no entraba en contradicción con el art. 203 de la Constitución Política de la República que establece la exclusividad de la administración e justicia al Organismo Judicial. También se solicitó opinión sobre el compromiso de cooperación internacional y de legislar en cuanto a la detención y entrega de personas, y si tal compromiso no violaba la prohibición de extradición de ciudadanos guatemaltecos. En particular el presidente formuló la pregunta sobre si el Estatuto contraviene la Constitución debido a que el Tribunal Penal Internacional tendrá competencia para juzgar los crímenes de competencia más grave para la Comunidad Internacional. En particular, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra después de que entre en vigor su estatuto; en consecuencia, la Corte podrá ejercer competencia sobre esos crímenes contra cualquier persona que se encuentre en su territorio de Guatemala, por haber tenido ahí la conducta de que se trate o si el crimen se hubiere cometido a bordo de buque o aeronave guatemalteco. Así como los cometidos por nacionales guatemaltecos.

En cuanto al sometimiento a la *Corte Penal Internacional* y su compatibilidad para ejercer competencia en el territorio nacional, la *Corte de Constitucionalidad* opina que es una cesión de soberanía perfectamente admisible en virtud de lo dispuesto en el art. 171 inciso L 5)², de la Constitución Política de la República y además porque Guatemala ya se encuentra sometida a jurisdicciones internacionales como la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

La Corte de Constitucionalidad también señala que por virtud del principio de complementariedad

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

dad, la Corte Penal Internacional se encontraría imposibilitada de ejercer su jurisdicción mientras el Estado de Guatemala cumpla su deber de administrar justicia conforme a los arts. 2³, 12, 29, 203 y 204 de la Constitución de Guatemala. Disposición similar a la contenida en el art. 46 de la Convención Americana de derechos humanos con relación al agotamiento de los recursos internos como requisito para someter un caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a que la *Corte Penal Internacional* tenga personalidad jurídica propia concluye la Opinión consultiva que es plenamente compatible con lo dispuesto en el derecho internacional en cuanto a la creación de otros sujetos de derechos internacional distintos de los Estados. Adicionalmente, el que un sujeto de derecho internacional ejerza soberanía tampoco es inusual; por el contrario es una práctica internacional amparada en la cesión voluntaria de soberanía del Estado. Por otra parte, tampoco constituye una excepción al principio de exclusividad de la administración de justicia a cargo del Organismo Judicial, puesto que no subroga las funciones judiciales, sino la competencia de la Corte Penal Internacional empezará a funcionar en forma complementaria y subsidiaria a la jurisdicción nacional.

De esta forma, el dictamen favorable de la *Corte de Constitucionalidad* ha allanado el camino para la adhesión del Estado de Guatemala al Estatuto de Roma. Aclarado el panorama jurídico subsiste todavía el problema político, puesto que el Congreso de la República debe proceder a aprobar el tratado. Existen fuerzas políticas ligadas a los grupos militares de antaño que preservan poder suficiente para oponerse al Estatuto. Entre ellas, el principal es el partido del ex dictador Ríos Montt, el Frente Republicano Guatemalteco. Bajo el gobierno de Ríos Montt se cometieron las principales masacres contra las comunidades indígenas, incluyendo actos de genocidio. Es lógico que su partido adversó fuertemente la adhesión al Estatuto de Roma. El debate político, por lo tanto continúa.

Notas

1. Sentencia de 25 de marzo de 2002. Expediente 171-2002.
2. Corresponde al CONGRESO DE LA REPÚBLICA (...) aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando... "5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional".
3. Artículo 2. Es obligación del Estado garantizar a los habitantes el derecho a la justicia; 29. Establece el derecho al libre acceso a tribunales. 203. Independencia del Organismo Judicial y

potestad de juzgar y 204 obligación de ejercer justicia conforme a la Constitución.

Italia

Emanuela Fronza

Italia ha tenido, como es conocido, un rol muy activo e importante durante la etapa de preparación y adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)¹. También la ratificación del texto definitivo ha ocurrido en tiempos muy breves con la ley n.º 232 de 12 de julio de 1999².

Sin embargo, a pesar de este comienzo auspicioso, la tendencia actual parece ser la contraria en cuanto concierne a la adaptación de la legislación italiana al ECPI³. A casi cinco años de su ratificación no existe aún ningún proyecto *en trámite* ante el Parlamento italiano. En efecto, los dos únicos proyectos existentes en Italia no han ingresado aún a discusión parlamentaria.

En primer lugar, se alude al proyecto de Código Penal Internacional elaborado por algunos diputados de la oposición y presentado el 9 de mayo de 2002 al Parlamento⁴. La falta de examen de este proyecto luego de casi dos años de la fecha de su presentación, al no ser incluido nunca en el orden del día de tratamiento parlamentario, indica la falta de voluntad política al respecto del bloque parlamentario mayoritario actualmente en el Gobierno.

En segundo lugar, se hace referencia a los proyectos presentados en febrero de 2003 (en cuanto a las reglas cooperación internacional) y en octubre de 2003 (en cuanto a las normas de derecho penal sustancial) al Ministerio de Justicia por la "Comisión de estudio para la actuación del Estatuto institutivo de la Corte Penal Internacional"⁵ instituida por el mismo Ministerio de Justicia⁶ (conocida comúnmente con el nombre de "*Comisión Conforti*", en razón de estar presidida por el profesor Benedetto Conforti). La propuesta presentada por esta Comisión aún no se ha cristalizado en un proyecto ministerial concreto para ser presentado al Parlamento.

En lo siguiente se realizarán algunas consideraciones respecto de la propuesta de la "*Comisión Conforti*". La elección de exponer tan sólo este proyecto se debe a una simple razón: si acaso el Parlamento italiano llegara a discutir en un tiempo cercano (lo que es de todos modos dudoso) un

Revista Penal

Italia

proyecto de implementación del ECPI, seguro que éste no será, en las condiciones políticas actuales, el de la oposición, sino, a lo sumo, un futuro proyecto ministerial sobre la base de las propuestas de la “*Comisión Conforti*”. El proyecto de la oposición, como se adelantó, lleva ya casi dos años sin haber logrado aún siquiera entrar en el orden del día del Parlamento.

La “*Comisión Conforti*” estaba dividida en dos subgrupos de trabajo: uno se ha ocupado de la adaptación de las normas de derecho penal sustancial; el otro, de las normas atinentes a la cooperación internacional.

En cuanto a la adaptación de las normas de derecho penal material, al subgrupo respectivo se le presentó, ante todo, la siguiente alternativa: presentar un proyecto de “Código Penal Internacional”, separado del código penal, con normas de parte general y de parte especial o, por el contrario, realizar una propuesta de integración de las normas de derecho penal internacional (especialmente, crímenes internacionales) en el Código penal ya existente⁷. El subgrupo en cuestión se ha decidido finalmente por la segunda opción.

El proyecto se divide en dos títulos: el primero sobre la parte general y el segundo dedicado a la parte especial.

El primer título contiene la única norma, dado que la Comisión ha considerado que el ordenamiento penal italiano actual ya prevé todos los principios generales contenidos en el capítulo III del ECPI. La única modificación se refiere a la aplicación de la ley penal italiana en caso de crímenes internacionales cometidos en el exterior por un italiano (personalidad activa), en perjuicio de un italiano (personalidad pasiva) o por un ciudadano extranjero en participación con uno italiano⁸. Con ello se incorpora una regla específica para este tipo de crímenes que se agrega a las reglas generales en la materia previstas por los arts. 6 y siguientes del CP⁹.

En lo que concierne a normas de parte general, como se adelantó, el proyecto de la “*Comisión Conforti*” no prevé otra incorporación. Durante sus sesiones se ha discutido (y finalmente rechazado) la posibilidad de incorporar normas específicas en cuanto a la inmunidad de los órganos estatales de gobierno y de los miembros del Parlamento, pero finalmente se ha preferido no modificar la normativa existente porque ello habría necesitado de valoraciones de tipo político, dada la incidencia sobre temas de relevancia constitucional¹⁰.

A su vez, se ha discutido sobre la oportunidad de introducir una norma específica para la punición de la omisión dolosa del superior jerárquico

de impedir la ejecución de crímenes de competencia de la Corte, en caso de que fueran cometidos por sujetos bajo su autoridad y control (es decir, una forma de responsabilidad del superior *dolosa*). En este caso, sin embargo, se ha considerado que por medio de los arts. 110 y 40, 2¹¹ segundo párrafo del Código Penal en relación con la figura específica de parte especial se podrían reprimir las hipótesis contempladas por el art. 28 y, por ello, no se consideró necesaria una nueva regulación¹². En realidad, esto no es así, ya que por medio del juego combinado del tipo de parte especial en cuestión (por ej., el tipo de homicidio, art. 575 CP) y la regla del art. 40.2 CP se podría lograr una condena como autor de “homicidio doloso por omisión” y no por la responsabilidad del superior de impedir un resultado. En la lógica del ECPI, el art. 28 no castiga al superior como “autor de un crimen internacional” de los enumerados en los arts. 6 a 8, sino como “autor del tipo de responsabilidad del superior”, lo cual sin duda alguna se verá reflejado en la pena¹³.

El segundo título del articulado relativo a la parte especial está limitado al delito¹⁴ de genocidio y a los delitos contra la humanidad¹⁵.

Con referencia a los tipos de *genocidio* la Comisión no propone al Ministerio una solución única, sino que ofrece dos opciones, exponiendo las ventajas de cada una. La alternativa es la siguiente: a) la sustitución de la ley n.º 962 de 9 de octubre de 1967 relativa a la “Prevención y represión del delito de genocidio”¹⁶ y una nueva tipificación de este delito en el CP, o b) el mantenimiento de esta ley, pero modificando la disposición sobre los actos dirigidos a cometer genocidio mediante sustracción de menores con el fin de transferirlos de un grupo a otro, en el sentido de elevar la edad para la calificación del sujeto pasivo como menor de 14 a 18 años¹⁷.

La primera alternativa¹⁸ permitiría integrar mejor el sistema de los crímenes internacionales con las regulaciones del ordenamiento italiano, tanto en el plano de la colocación (de este modo, también los tipos de genocidio serían introducidos en el Código Penal), como en el plano de la técnica de descripción de conductas. Con referencia a este último aspecto es necesario precisar que la ley 962, a diferencia de la Convención (art. II) y del ECPI (art. 6), estructura los actos de genocidio según un esquema de tutela anticipada, como delitos de atentado. En este sentido, el resultado de la muerte (al menos de sólo un miembro del grupo) es considerada sólo como circunstancia agravante (art. 3 de la ley n.º 962). Con la incorporación al CP, el delito de genocidio podría ser estructurado, en cambio, como un delito de resultado, con lo

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

cual el resultado pasaría a formar parte del tipo y por tanto constitutivo del injusto penal. Dentro de esta alternativa propuesta al Ministerio, se propone también la eliminación de la figura prevista por el art. 6.2 de la ley 962 que sanciona de modo autónomo la imposición de signos o marcas distintivas, ya que se considera que tales conductas, si son unívocas e idóneas, podrán siempre integrarse ya la tentativa de un genocidio.

La segunda alternativa, según la cual no se debería sustituir la ley 962, se apoyaría esencialmente en que la técnica de redacción “actos dirigidos a”, típica de los tipos de atentado, sería más adecuada a los objetivos de prevención de los delitos de genocidio. Con otras palabras, modificar esta disciplina, transformar estas figuras en delitos de resultado significaría, según la Comisión, dar un paso atrás en el nivel de tutela hoy vigente en Italia, ya que se renunciaría a la “dilatación extrema” del campo de punibilidad garantizada por la redacción como tipo de atentado. En nuestra opinión, la configuración del genocidio como tipo de atentado puede plantear dudas en relación con el principio de ofensividad y por ello sería preferible su configuración como delito de resultado.

Con respecto a los *delitos contra la humanidad* la necesidad de una adecuación de la legislación italiana es más evidente, dado que, a diferencia de otros códigos europeos, el Código Penal italiano no contiene ninguna disposición específica dedicada a estas hipótesis delictivas¹⁹. La regulación de los delitos contra la humanidad comienza con una disposición común que indica el elemento constitutivo cualificante común a todas las descripciones típicas. La Comisión ha reproducido, por tanto, el esquema utilizado por el art. 7, párrafo 1 del ECPI, en donde se identifican los elementos comunes a todas las conductas punibles previstas en los párrafos sucesivos (el llamado *chapeau* o frase superior común). Los tipos introducidos son, en principio, aquéllos contemplados por el citado art. 7, ECPI y han sido, luego de una atenta discusión, configurados como delitos de resultado; en algunos casos, además, con el fin de remarcar la antijuridicidad particular de la conducta, han sido introducidas alusiones a la antijuridicidad en la descripción típica (*illiceità speciale*). Respecto de algunos tipos la Comisión ha considerado necesario especificar mayormente la descripción de las conductas, para dar cumplimiento a las exigencias del principio fundamental de determinación de los tipos penales (*lex certa*); éste es el caso, según la Comisión, en particular, de las hipótesis de “reducción a esclavitud” y “deportación”. En cuanto a esta última, por ejemplo, se ha agregado a la descripción del hecho típico la

referencia a que el hecho debe ser cometido con violencia o amenaza. En cambio, en cuanto a otros tipos del ECPI que plantean enormes problemas de determinación [como el de “otros actos inhumanos”, art. 7.1, k) del ECPI], la Comisión ha directamente omitido su regulación. Por otra parte, parece también importante evidenciar que la Comisión ha decidido especificar las sanciones, estableciendo el mínimo y el máximo de la escala penal; de este modo, ella se ha apartado del sistema utilizado por el ECPI de indicar sólo el máximo de la pena a aplicar (treinta años de reclusión, art. 77), con el fin de proponer una regulación acorde con el sistema empleado por el ordenamiento italiano.

En relación con el elemento psicológico, la Comisión ha considerado oportuno prever para algunos delitos contra la humanidad el dolo directo, con el fin de restringir aún más el alcance de estas normas penales²⁰. Con la misma finalidad ha sido previsto en algunos tipos una intención especial (dolo específico), en particular para el delito de *apartheid*. También se ha discutido la introducción de una intención especial para el delito de tortura²¹, pero, finalmente, se ha optado por una solución de compromiso coherente con el hecho (cristalizado también en la Convención internacional respectiva del 10 de diciembre de 1984) de que la tortura lesiona además de la integridad física y psíquica del individuo, también su libertad moral.

En cuanto al proyecto presentado por el subgrupo de trabajo sobre la *cooperación internacional* el articulado se compone de tres partes: disposiciones generales (parte I); entrega de personas (parte II); ejecución de las decisiones de la Corte (parte III). En el art. 1 se establece la obligación de cooperación con la Corte Penal Internacional, reiterando, con ello, lo dispuesto por los arts. 86 y 88 del ECPI. La norma base del proyecto es el art. 3, en donde se prevé, en principio, la aplicabilidad de las normas contenidas en los títulos II, III y IV del libro XI del Código de procedimiento penal (esto es, las normas que regulan la extradición, las rogatorias internacionales y los efectos de las sentencias pronunciadas en el exterior). Ello, a menos que una disposición del proyecto no prevea otra cosa. En cuanto a la entrega de personas se puede observar que no está prevista la posibilidad de re-examen, sino sólo el recurso en Casación, en este caso también sobre cuestiones de hecho (mientras que por lo normal la Casación está reservada para cuestiones de derecho).

A modo de conclusión pueden realizarse dos observaciones. Por un lado, la propuesta de la “Comisión Conforti” es de naturaleza mínima: Su in-

Revista Penal

Italia

tento de regulación acorde con el sistema y categorías utilizado por el ordenamiento italiano es loable (por ej., se debe saludar la decisión de prever escalas penales más precisas), pero es necesaria una implementación más completa, lo que no siempre se puede solucionar con las normas ya existentes en el ordenamiento italiano (por ej., la responsabilidad del superior). Por el otro lado, no parece que a nivel político la adaptación del ordenamiento italiano sea una prioridad; esto se demuestra por la falta de examen de parte del Parlamento del proyecto de Código Penal Internacional elaborado por la oposición y por el hecho de que las propuestas de la "Comisión Conforti" no han desembocado aún en un proyecto ley ministerial.

Notas

1. Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

2. El Estatuto de Roma está sujeto a orden de ejecución de acuerdo a la ley 232 del 12 de julio de 1999 ("Ratificación y ejecución del Estatuto institutivo de la CPI"). Por tanto, no es *self-executing*. Por otra parte, en Italia no se han presentado objeciones en cuanto a la pérdida de soberanía que implica el ECPI, dado que el art. 11 de la Carta Constitucional permite tales limitaciones, siempre que sean necesarias a un "ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones". Cfr. R. BELLELLI, "Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo Statuto della Corte dell'Aja" en *Diritto penale e processo*, n.º 10/2003, pág. 1299.

3. Éste no parece ser un fenómeno exclusivamente italiano. Acerca de la brecha entre el impulso por la ratificación y la implementación concreta en la mayoría de los países latinoamericanos cfr., tan sólo, AMBOS, K., - MALARINO, E. "Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en AMBOS - MALARINO (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, Uruguay, septiembre 2003, págs. 585 y ss. De todos modos, en gran parte de estos países se encuentran ya proyectos completos en trámite parlamentario.

4. Proyecto de ley n.º 2724 (*Normas para la adaptación del ordenamiento interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional*) presentado el 9 de mayo de 2002 a iniciativa de los diputados Kessler, Violante, Calzolaio, Finocchiaro, Melandri, Minniti, Bue-mi, Carboni.

5. La Comisión ha decidido realizar (y ha entregado en las fechas indicadas en el texto) un proyecto completo, en lugar de un proyecto de ley delegante, en vista de la dificultad de las disposiciones que debían ser elaboradas y la urgencia de cumplir con las obligaciones asumidas con la ratificación del Estatuto.

6. La Comisión fue creada el 27 de junio de 2002 por decreto ministerial.

7. Estas posibilidades resultan ya de una rápida mirada de derecho comparado acerca de las alternativas de implementación

propuestas o ya utilizadas por diferentes países. En particular, la opción de legislación separada por medio de un Código Penal Internacional ha sido la vía seguida por Alemania con su *Völkerstrafgesetzbuch* (Bundesgesetzblatt 2002 I, pág. 2254; entrada en vigor 30 de junio de 2002). Cfr. KRESS, C., *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2000; SATZGER, H., "German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law", *International Criminal Law Review* 2, 2002, 261; WERLE, G., "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts", *Juristenzeitung* 2001, 885; Werle G. / Jessberger, F., *International Criminal Justice is Coming Home - The New German Code of Crimes Against International Law*, *Criminal Law Forum* 13, 2002 191; WERLE G. / JESSBERGER, F., *Das Völkerstrafgesetzbuch*, *Juristenzeitung*, 2002, 725; A. ZIMMERMANN, *Auf dem Weg zu einem Völkerstrafgesetzbuch*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, 97; S. MANACORDA/ G. WERLE, "L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au statut de Rome. Le paradigme du 'Völkerstrafgesetzbuch' allemand", *Revue de Sciences Criminelles et droit comparé*, 2003, 501 y ss.; WERLE G. / JESSBERGER, F., "La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El código penal internacional alemán", *Revista Penal*, 12, 2003, 126 y ss. Las propuestas de integración en el CP fueron seguidas o proyectadas en diversos países latinoamericanos, por ejemplo, en Costa Rica, Honduras y Perú. Sobre las diferentes modalidades de implementación cfr. AMBOS, K., "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en AMBOS - MALARINO (editores), *Persecución penal cit.*, págs. 25 y ss.

8. En este caso sin embargo sólo si el ciudadano italiano ha promovido u organizado la cooperación en el delito o ha dirigido la actividad de los partícipes. Además, para la aplicación de la ley italiana al extranjero es necesaria una petición en ese sentido del Ministro de Justicia.

9. Sobre los criterios de competencia para la represión de los crímenes internacionales cfr. ZAPPALÀ, S., *Droit italien*, en CASSESE, A., DELMAS MARTY, M. (editores), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, 197-215.

10. En efecto, la Constitución italiana prevé la inmunidad de los parlamentarios (art. 68), del Presidente de la República (art. 90) y de los consejeros regionales (art. 122, cuarto párrafo).

11. El art. 110 del CP regula la intervención de personas en el delito (autoría y participación) y el art. 40, segundo párrafo establece la equiparación entre la omisión de impedir un resultado respecto del cual se tiene el deber jurídico de impedir con la causación del mismo resultado por medio de una conducta activa.

12. Se ha propuesto, sin embargo, una integración a los arts. 363 y 364 del CP, en el sentido de hacer una expresa referencia a la omisión de denunciar un genocidio o delitos contra la humanidad, a fin de atender el requisito de la puesta en conocimiento de las autoridades competentes del art. 28, ECPI.

13. Por eso el proyecto de la oposición prevé en su art. 11 la figura de la responsabilidad del superior con penas atenuadas respecto de las del autor del crimen.

14. La calificación de "delito" y no de "crimen" responde a la sistemática del CP italiano que no realiza una división tripartita

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

del hecho punible entre "crímenes", "delitos" y "contravenciones", sino que sólo distingue entre "delitos" y "contravenciones" (art. 39, CP).

15. La Comisión no se ha ocupado de los crímenes de guerra, pues al respecto la adaptación al Estatuto habrá de ser llevada a cabo mediante una modificación al Código Penal militar.

16. Con esta ley Italia había dado cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas a consecuencia de la ratificación de la Convención internacional sobre el Genocidio de 1948. Para un análisis de esta ley cfr. GRASSO, G., voce "Genocidio", in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. V. Utet, 1991, 399 y s.; CA-NESTRARI, S., voce "Genocidio", in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, vol. XV; para un análisis de la aplicación de la jurisprudencia italiana sobre el genocidio cfr. el comentario de FRONZA, E. a la sentencia *Corte di Appello di Milano*, noviembre 2001, in *Cassazione Penale*, Fasc. 3, 2003, 1006 y ss.

17. Con ello, se adecua a las prescripciones del elemento 5 de los elementos de los crímenes del art. 6, letra e) del ECPI.

18. Esta opción comprende nueve artículos relativos respectivamente a: Genocidio mediante homicidio; Genocidio mediante lesiones; Deportación con fines de genocidio; Genocidio mediante limitación e impedimentos; Genocidio mediante sustracción de menores para transferirlos de un grupo a otro; imposición de signos o marcas distintivas; Acuerdo para cometer genocidio; instigación pública y apología; Competencia por materia.

19. La ausencia de normas sobre crímenes internacionales tampoco podrá ser suplida, en muchos casos, en el derecho italiano con las normas del derecho penal común. Al respecto, baste mencionar que el ordenamiento penal italiano no contiene un tipo penal que reprima la tortura.

20. Esta solución ha sido adoptada tanto para el delito de tortura, como para el de persecución racial.

21. Con esta solución, la Comisión se aparta del art. 7.2 apartado, letra. f), ECPI, pues éste no construye esta hipótesis como delito de intención (intención específica).

tantes solicitudes de organizaciones no gubernamentales a las instancias legislativas y del poder ejecutivo federal en el sentido de realizar todas aquellas gestiones necesarias para la suscripción del referido Estatuto. De la misma manera destacan los frecuentes pronunciamientos de los organismos públicos de Derechos Humanos en la misma dirección.

Cabe recordar, como elemento para encuadrar la perspectiva mexicana sobre el tema que nos ocupa, que México participó activamente en la formulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y aceptó, por considerarla absolutamente conveniente, la creación de una corte internacional, aunque estimó que la jurisdicción sobre los Estados de tal corte debería ser optativa. A pesar de este pronunciamiento, México no suscribió la Convención o Pacto de San José (firmada en 1969). Fue en 1981 cuando nuestro país se adhirió y luego, en 1998, el Senado aceptó la jurisdicción de la referida corte interamericana de derechos humanos. Muchas fueron las circunstancias que se opusieron a la adopción inmediata de esta corte interamericana, de las que ya no tiene importancia referir a detalle. Si es importante, por otro lado, destacar que para el presente, y ante la indiscutible importancia que tiene la constitución de un tribunal internacional como el que se deriva del Estatuto de Roma, las condiciones sociales y políticas de México resultan, en principio, más alentadoras, aunque no exentas de problemáticas específicas, como las que tienen que ver con la necesaria reforma constitucional.

En el ámbito doctrinal nacional, destaca la verazada opinión del jurista Sergio GARCÍA RAMÍREZ, juez de la corte interamericana y reconocido especialista en temas de derechos humanos, desde que en 1998 México reconoció la jurisdicción de la corte interamericana de derechos humanos, se tiene clara la dirección en que se quiere transitar en la materia, misma que no puede desconocer la relevancia de la corte penal internacional. No obstante, México se abstuvo en la votación sobre el convenio que contiene el Estatuto de Roma, y como es sabido, en el mismo sentido se condujeron Estados Unidos, China, India, Israel, Turquía, Filipinas y Sri Lanka. Los motivos de la abstención mexicana fueron en dos sentidos, por un lado los concernientes al contenido del propio Estatuto, a saber: a) la facultad que el Estatuto concede al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para requerir a la Corte para que posponga una investigación o juicio ya iniciado; b) concederle atribuciones al Consejo y no a la Asamblea General para someter algún asunto al conocimiento de la Corte; c) la adición de la cláusula sobre "elemen-

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Dpto. de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato, México.

Los antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional son suficientemente conocidos y ampliamente divulgados, razón por la que nos evitamos en este reporte hacer mención de los mismos, teniendo en cuenta, además, que el interés de esta sección es informar, así sea someramente, la situación prevaleciente en cada país. Para el caso mexicano, vale decir que este tema, el correspondiente a la suscripción y adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional despertó un gran interés público, manifestado por las cons-

Revista Penal

Panamá

tos del crimen”; y d) la exclusión uso de ciertas armas de destrucción masivas del catálogo de crímenes de guerra. Y de otro lado, motivaron la abstención mexicana la existencia de disposiciones jurídicas constitucionales que versan sobre materias similares a las del propio Estatuto, entre otras al menos las que se expresan en los arts. 15 (que establece: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; *ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano*”) y 21 (relativo a las funciones de procuración y administración de justicia) de la Constitución Mexicana, en relación con el 133 (que textualmente señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los *Tratados que estén de acuerdo con la misma*, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, *con aprobación del Senado*, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”) del mismo ordenamiento supremo nacional.

No faltaron las opiniones en el sentido de que la suscripción del Convenio debe entenderse *ad referendum*, o sea que el compromiso del Estado mexicano quede sujeto a un acto posterior del mismo Estado, lo que ocurriría una vez que hubiese sido revisado el orden jurídico interno para hacerlo compatible con las normas del Estatuto. Lo anterior ha significado asumir una de las dos posibles rutas, las que al decir de GARCÍA RAMÍREZ implican, disyuntivamente, lo siguiente: a) la reforma uno a uno de todos los arts. constitucionales que entran en conflicto con el Estatuto de la Corte, lo que, como es notorio, significaría una total revolución del sistema de justicia penal nacional, o b) atender a la fórmula francesa que asumió en bloque el Estatuto, mediante un nuevo artículo, el 53.2 de su Constitución, según el cual: “La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”. Coincidiendo con GARCÍA RAMÍREZ, lo anterior da lugar a la existencia de dos sistemas de justicia, uno que podría denominarse *ordinario*, con garantías plenas, y el *especial*, con garantías reducidas o condicionadas, asociadas al régimen propio de la Corte Penal Internacional.

La fórmula adoptada por los legisladores mexicanos, concretamente los Senadores, fue similar a

la de sus homólogos franceses, es decir, el establecimiento de una fórmula general que otorgaría facultades al titular del Poder Ejecutivo federal para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, siempre y cuando tuviera la aprobación del Senado. Y así fue, en efecto, la propuesta de iniciativa de reforma de la Cámara senatorial para adicionar con un párrafo el contenido del art. 21 constitucional bajo el siguiente texto: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Es preciso mencionar que esta propuesta de adición constitucional debe aún superar los requisitos que la carta magna establece para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, puesto que es necesario el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes en el Congreso de la Unión y que tales propuestas sean aprobadas por la mayoría de los congresos locales (en total 32), según ordena el art. 135 de la Constitución Mexicana. Como bien puede apreciarse se trata de una fórmula genérica que obliga a un reconocimiento casuístico de la jurisdicción internacional y, por eso mismo, imprecisa que muy probablemente traiga más interrogantes, sobre todo de carácter técnico.

En suma, como hemos querido insinuar, para el caso mexicano se tienen muy claros propósitos de adhesión al Estatuto de la Corte pero es necesaria la superación de varios problemas de derecho interno.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Universidad de Panamá

I. Mediante la Ley 14, de 13 de marzo, de 2002 la Asamblea Legislativa de Panamá aprobó, en todas sus partes, el “Estatuto de Roma”, del 17 de julio de 1998, que creó la Corte Penal Internacional.

La citada Ley aparece publicada en la Gaceta Oficial número 24512, del viernes 15 de marzo de 2002 y dispone en su artículo 2 que la Ley “comenzará a regir desde su promulgación”.

Luego de la adopción de la Ley en cuestión, muy poco o casi nada hemos hecho para poner en práctica la Ley 14 de 2002. En efecto, ninguna disposición adicional hemos adoptado para hacer efectiva la vigencia de la Corte Penal Internacional.

Esta colaboración, que poco puede aportar al estudio del tema en Panamá, quiere destacar dos

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

cuestiones coyunturales sobre la problemática de la Corte Penal Internacional. Por una parte, la propuesta del Gobierno panameño para la designación de una jurista de Costa Rica para el cargo de juez del tribunal; por otro lado, la conveniente firma de un convenio con los Estados Unidos de América para no entregar a nacionales de tal país a la Corte Penal Internacional.

II. Para la efectiva vigencia de la citada Corte, sin embargo, nuestro país propuso el nombre de la señora Elizabeth Odio, destacada jurista costarricense, para juez del tribunal. En los medios políticos y jurídicos panameños, tal proposición fue entendida como un desaire a la clase forense panameña, que no encontró el nombre de ningún panameño en la propuesta de Gobierno de Panamá.

La sociedad panameña entendió que el Órgano Ejecutivo patrio desaprovechó una importante oportunidad para proponer a un jurista panameño, siendo inexplicable que se hiciera la postulación de una ciudadana de otro país, que ni siquiera había sido propuesta por su propio Gobierno.

El hecho de que la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas haya escogido, en su oportunidad, a la señora Elizabeth Odio como juez de la Corte Penal Internacional reprodujo nuevamente la polémica previamente suscitada por su postulación, que tuvo fundamentalmente razones muy coyunturales. No en vano la señora Presidente de la República de Panamá tiene, entre sus más estrechas colaboradoras, una asesora personal originaria de Costa Rica, que fue factor decisivo en tal postulación.

III. Por medio de la Ley 64, de 29 de octubre, de 2003 la Asamblea Legislativa de Panamá aprobó en todas sus partes el "Acuerdo suscrito entre el Gobierno de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América respecto de la entrega de personas a la Corte Penal Internacional", suscrito en la Ciudad de Panamá el 23 de junio de 2003 entre el Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá y la Embajadora de los Estados Unidos de América en Panamá.

Se trata de un brevísimo acuerdo, pues sólo tiene cinco puntos, en el que ambos Estados se comprometen a no entregar a la Corte Penal Internacional a los nacionales de dichos Estados, ni extraditarlos o deportarlos a terceros países con el propósito de entregarlos a la citada Corte.

El "acuerdo" en cuestión fue firmado en Panamá el 23 de junio de 2003 y aprobado por la Asamblea Legislativa de Panamá al inicio de la siguiente legislatura, que empezaba en septiembre de 2003. El Órgano Ejecutivo promulgó dicha Ley el 29 de octubre de 2003, cuando todavía no habían transcurrido dos años de la ratificación panameña del Estatuto de Roma.

Dicho acuerdo, sin embargo, no es una iniciativa panameña, pues debemos recordar que los Estados Unidos exigieron un acuerdo de tal naturaleza con todos los países a quienes les brindaba apoyo y subsidio económico y de otra naturaleza, ya que si tal acuerdo no se lograba en un plazo perentorio cesarían los préstamos y apoyos internacionales que se brindaban con apoyo de los Estados Unidos de América.

Es una nueva forma de imperialismo, de tipo jurídico, pues países de escasa independencia real y verdadera frente al coloso norteamericano ponen en evidencia el servilismo de los gobiernos que nos dirigen.

Lo peor de todo esto, sin duda, es que el propio "acuerdo" señala en su preámbulo que el propio Estatuto de Roma "tiene la intención de complementar y no de suplantar la jurisdicción penal nacional", así como que "cada una de las Partes ha expresado su intención de investigar y enjuiciar, cuando sea procedente, los actos que están bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional supuestamente cometidos por sus funcionarios, empleados, personal militar u otros nacionales", lo que evidencia el desprecio que se tiene por los principios que inspiraron la adopción del Estatuto de Roma en 1998.

A la luz de ordenamiento constitucional panameño el citado acuerdo es contrario al texto constitucional, ya que el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá dispone que "Panamá acatará las normas de Derecho Internacional", lo que es obvio que no ocurrió con la adopción del acuerdo en cuestión, que limita los efectos del Estatuto de Roma para los nacionales de los Estados Unidos de América, pues Panamá convino en no someter a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional a los nacionales de dicho país y, de la misma forma, los nacionales de Panamá no serán enviados a dicho tribunal internacional por parte de los Estados Unidos de América, por haberlo convenido en tal sentido con Panamá.

El acuerdo entre Estados Unidos y Panamá, sin embargo, permite que se entreguen a los nacionales de ambos países a la Corte Penal Internacional si el Estado de que es parte el ciudadano entregado o trasladado da su consentimiento expreso para tal fin, lo que sin duda es poco probable respecto del gobierno de los Estados Unidos de América.

IV. La firma de acuerdo antes mencionado entre el Ministro panameño y la Embajadora de los Estados Unidos en Panamá es una burla y una afrenta a la Corte Penal Internacional y a todo esfuerzo de la Organización de Naciones Unidas para el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, pues el poderoso siempre encuentra

Revista Penal

Perú

forma de evadir el Estatuto pactado en Roma el 17 de julio de 1998.

La firma del acuerdo en referencia pone en evidencia las presiones que los Estados hegemónicos e imperialistas utilizan a su conveniencia, pues la existencia de listas negras, certificaciones de países y otros mecanismos semejantes, constituyen agresiones a la soberanía e independencia de los Estados pequeños, que carecen de mecanismos para enfrentar estas situaciones y no encuentran la solidaridad de la comunidad internacional, que muchas veces es cómplice silenciosa de tales actuaciones.

Los piratas y corsarios modernos ya no usan garfio y pata de palo, pues en ocasiones usan presiones financieras que son más efectivas que la fuerza.

Perú

Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal

I. Introducción

El Estatuto de Roma fue aprobado por Perú a través de la Resolución Legislativa núm. 27517. Como consecuencia de ello el legislador peruano viene promoviendo importantes reformas en el derecho penal nacional, con la finalidad de compatibilizar sus normas con las propuestas y exigencias que derivan del instrumento que crea la Corte Penal Internacional.

En lo esencial, los cambios ocurridos se han desarrollado a través de los Proyectos de Reforma del Código Penal y del Código Procesal Penal. Estos documentos prelegislativos se han elaborado por Comisiones Multisectoriales y se han hecho públicos entre noviembre de 2003 y abril de 2004.

Brevemente presentamos a continuación las reformas sustantivas y adjetivas que los Proyectos han estructurado para adecuar la legislación peruana al Estatuto de Roma, y cumplir con lo estipulado en su art. 88.º.

II. Reformas penales

El Grupo de Trabajo N.º 3 de la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por Ley N.º 27837, fue el ponente de las propuestas de **"Adecuación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional"**, publicados en abril de 2004. Fundamentalmente se propone incorporar un nuevo Libro al Código Penal. Se trata del Libro Tercero

"Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario". Éste contiene 4 títulos y un total de 30 arts.

El Título I sobre **"Disposiciones Generales"** contiene 8 arts. De ellos cabe destacar la responsabilidad penal que se asigna a los Jefes y Superiores que no impidan la comisión de delitos contra los Derechos Humanos por sus subordinados (Artículo III) y la imprescriptibilidad de tales delitos (Artículo V). Con relación a la competencia de la Corte Penal Internacional el artículo VII plantea la inaplicabilidad del principio *ne bis in idem* cuando de la incoación de un proceso penal en el país **"obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la Corte Penal Internacional"**.

Los Títulos II (Delito de Genocidio), III (Delitos de Lesa Humanidad) y IV (Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario) constituyen la Parte Especial del Proyecto. En ellos se describen los delitos que atentan contra los Derechos Humanos y sobre los cuales puede asumir competencia la Corte Penal Internacional. Varios de estos delitos ya se encontraban tipificados en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar vigentes.

Las innovaciones relevantes las encontramos en la criminalización específica de la **"Provocación al Genocidio"** (Artículo X) y de la **"Ejecución Extrajudicial"** (Artículo XI); así como en el delito de empleo de **"Medios Prohibidos en las Hostilidades"** dentro de un conflicto armado internacional o no internacional (Artículo XXIX).

III. Reformas procesales

La Comisión Especial de Alto Nivel para la Modificación del Código Procesal Penal, constituida por el Decreto Supremo N.º 005-2003-JUS, ha hecho público en noviembre de 2003 el "Proyecto de Código Procesal Penal 2003".

En lo que concierne al Estatuto de Roma, el Proyecto dedica la Sección VII, del Libro Séptimo sobre la Cooperación Judicial Internacional, a la **"Cooperación con la Corte Penal Internacional"**.

Como lo precisa el artículo 554.º del Proyecto, el ámbito de la cooperación con la Corte Penal Internacional se vincula con las siguientes acciones:
La detención y entrega de personas.

La detención provisional.

Las Medidas de Asistencia Judicial definidas en el artículo 93.º del Estatuto de Roma.

A través de 12 arts. (Arts. 554 a 566), se definen los procedimientos y requisitos particulares para tramitar las solicitudes de cooperación que pueda formular la Corte Penal Internacional a las Auto-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

ridades peruanas. Es interesante señalar que los arts. 565 y 566 otorgan al Estado Peruano la facultad de ofrecer a la CPI su disponibilidad para recibir, en ejecución de penas, a los peruanos que sean condenados por la instancia internacional.

Como Autoridad Central para la tramitación y desarrollo de los procedimientos de Asistencia que formule la Corte Penal Internacional, el Proyecto de 2003 considera como tal a la Fiscalía de la Nación (Art. 555).

Finalmente, en lo que atañe a procedimientos de Extradición Pasiva el Proyecto, conforme a lo estipulado en el art. 90.º del Estatuto de Roma, da prioridad y prevalencia a las solicitudes de la CPI frente a la concurrencia de otros pedidos que puedan recaer sobre una misma persona (Art. 561.º).

Ahora bien, es necesario precisar que Perú, con la Resolución Legislativa núm. 27517, eligió el canal diplomático como la vía de comunicación que deben seguir las solicitudes de cooperación que proponga la Corte Penal Internacional (Art. 87.º del Estatuto de Roma).

IV. Evacuación general

Los proyectos peruanos de adecuación al Estatuto de Roma se encuentran aún en una etapa de consolidación y debate. De allí que un análisis detallado de sus disposiciones en el presente, excedería los fines informativos de esa nota.

En todo caso, es de reconocer la voluntad del legislador peruano por construir un marco legal flexible que permita que las competencias de la Corte Penal Internacional, puedan realizarse con arreglo a nuestro derecho interno. Sin embargo, es de precisar que las propuestas legislativas contienen alternativas bastante polémicas como la que propone la imprescriptibilidad de los delitos. También es discutible, por su probada ineficacia, la decisión peruana de elegir el canal diplomático como vía de comunicación y acceso de la cooperación judicial con la Corte Penal Internacional.

Polonia

Barbara Kunicka-Michalska
*Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia de Ciencias de Polonia
Varsovia*

1. Polonia firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 9 de abril de 1999, y el 9

de octubre el Presidente de Polonia lo ratificó. El 12 de noviembre de 2001 se entregó el documento de ratificación al secretario general de la ONU, en tanto que depositario del Estatuto¹. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002. Ese mismo día entró en vigor también en la República de Polonia. (Ver Dz.U. del año 2001 N.º 98 pos. 1065 y del año 2003 N.º 78 pos. 708 y 709).

2. En Polonia ya han comenzado los trabajos sobre el proceso de las reformas legislativas en relación con la Corte Penal Internacional, pero aún no han sido terminados. Falta todavía la ley de adaptación de las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la legislación polaca. No obstante, ya se hacen los preparativos para la elaboración y aprobación de esa ley. En el Ministerio de Justicia ya se ha redactado un proyecto de la ley sobre la reforma del Código de Procedimiento Penal, encaminada a trasladar las normas del Estatuto al procedimiento penal polaco. El proyecto todavía no ha sido presentado al Parlamento, pero eso tendrá lugar en breve. Dentro de poco, pues, se podrá conocer el texto del proyecto (actualmente es inaccesible, porque su elaboración se encuentra en la fase de coordinación interministerial).

Es interesante el hecho de que los autores del proyecto optaron por la concepción de adaptar las normas polacas al Estatuto mediante la reforma del Código de Procedimiento Penal, decisión que a mí me parece acertada. Sin embargo, en las publicaciones relacionadas con la Corte Penal Internacional aparecieron postulados adversos a la reforma del Código de Procedimiento Penal y favorables a la elaboración de una nueva ley que abarcara toda la problemática vinculada a la Corte Penal Internacional. Hasta ahora, como se puede ver, parece haber triunfado la idea de reformar el Código de Procedimiento Penal.

3. En lo que concierne al catálogo de delitos abarcados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, las normas del derecho penal subjuntivo (y de la reforma eventual del Código Penal relacionada con esas normas), hasta ahora no ha sido realizado ningún trabajo al respecto. Así pues, hasta ahora no ha sido adoptada ninguna iniciativa legislativa concerniente a la modificación o complementación eventual del catálogo de delitos comprendido por la legislación polaca, de manera que esa legislación abarque todos los delitos que competen a la jurisdicción de la Corte, tal y como se establece en el Estatuto (ver los arts. 5-8 y 70 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Ese problema fue señalado en las publicaciones científicas. Se presentó, por ejemplo, la proposi-

Revista Penal

Polonia

ción de elaborar en Polonia una ley especial similar al Código Penal Internacional alemán². En las publicaciones científicas se habla también de las normas nuevas del Código Penal español, relacionadas con la Corte Penal Internacional³.

En el Código Penal polaco que rige actualmente hay un capítulo titulado “Los delitos contra la paz y la Humanidad y los delitos de guerra”. Ese capítulo abre la Parte Particular del Código Penal. Sin embargo, algunos de los delitos comprendidos por el Estatuto se encuentran plasmados en distintas partes del Código Penal y contemplados de manera distinta que lo hace el Estatuto.

No se sabe aún cuál será la concepción que adoptará el Legislador en ese asunto.

4. Los problemas relacionados con la Corte Penal Internacional se relacionan también, en algunos casos (de manera fragmentaria), con las reformas actuales de la legislación penal material y procesal que tienen otros objetivos, en particular con la necesidad de adaptar la legislación polaca a la comunitaria en relación con el ingreso de Polonia en la Unión Europea el 1 de mayo del año en curso. Por ejemplo, en la ley del 18 de marzo de 2004 sobre la modificación del Código penal, del Código del Procedimiento Penal y del Código de las Contravenciones, en el nuevo art. 114 del Código Penal, se habla de las sentencias de los tribunales penales internacionales que actúan de acuerdo con el derecho internacional ratificado por la República de Polonia, tratando el asunto como una excepción a la regla sobre la llamada condena doble, es decir, excepción a la regla *ne bis in idem*, en lo que concierne a las sentencias dictadas en el extranjero. El art. 607w del Código de Procedimiento Penal polaco (introducido por la ley del 18 de marzo de 2004) comprende —mediante la incorporación a la legislación polaca de la lista de delitos contenida por el art. 2 párrafo 2 de la Decisión Marco sobre la orden europea de detención— entre otros un delito que compete a la Corte Penal Internacional.

5. Un problema básico que despertó intensa discusión, con motivo de la ratificación por parte de Polonia del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue el de la compatibilidad de ese documento con la Constitución de Polonia. Las dudas surgieron, porque el art. 55 de la Constitución de Polonia prohíbe de manera tajante la extradición de un ciudadano polaco y establece: “La extradición de un ciudadano polaco está prohibida”. Esa norma no ha sido modificada.

Los estudiosos del derecho internacional —incluidos los especialistas del derecho penal internacional— y del derecho constitucional no llega-

ron a opiniones unánimes. Unos afirmaban que, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé la extradición de ciudadanos propios, su ratificación requiere una modificación previa de la Constitución. Otros, mientras tanto, afirmaban que la modificación de la Constitución era innecesaria, porque el Estatuto no la viola. Al mismo tiempo añadían que la institución de la “entrega” de un ciudadano es algo diferente a su extradición. Se invocaba el art. 102 del estatuto de la Corte Penal Internacional que distingue la extradición de la entrega. Se hacía referencia, asimismo, al argumento de que, la extradición, a la que se menciona en la Constitución de Polonia concierne a la entrega de un ciudadano propio a otro Estado, mientras que la “entrega” concierne a la entrega a un tribunal internacional. Y esa segunda opinión triunfó, porque, en definitiva, Polonia ratificó el Estatuto. Ahora bien, a pesar de la ratificación ya realizada, la discusión continúa y se intensificó en relación con la orden europea de detención. Es interesante el hecho de que, los principales partidarios de la tesis de que el Estatuto de la Corte penal Internacional y la Constitución de Polonia son compatibles, opinan que la orden europea de detención no es compatible con la Ley Fundamental polaca. Consideran que, si bien la noción “entrega”, empleada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional es totalmente distinta a la noción “extradición”, en la Decisión Marco sobre la orden europea de detención, la noción “entrega” en la práctica es idéntica a la noción “extradición” (aunque se le da un nombre diferente).

Aunque la ley del 18 de marzo de 2004, que reformó el Código de Procedimiento Penal, definió en su art. 602 párrafo 1 del Código de Procedimiento Penal la extradición como “la entrega de una persona perseguida o condenada a petición de otro Estado” (excluyendo, no obstante, del contenido de la noción “extradición” de la entrega de una persona sobre la base de la orden europea de detención), hay que señalar que no se trata de una norma constitucional.

6. El Estatuto de la Corte Penal Internacional despierta en Polonia mucho interés y eso se refleja en las publicaciones jurídicas científicas. La bibliografía polaca al respecto es muy rica⁴. El problema de la Corte Penal Internacional fue también tema de los debates del grupo polaco de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)⁵.

Notas

1. Al depositar el documento de ratificación Polonia hizo la siguiente declaración: “En lo que concierne al art. 87 párrafo 2 del

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Estatuto la República de Polonia declara que las peticiones de colaboración hechas por la Corte y los documentos adjuntados serán elaborados en idioma polaco”.

2. E. ZIELINSKA: “Implementacja Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Niemczech – Kodeks Karny Międzynarodowy” (Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania – Código Penal Internacional) en: PRAWO, SPOLECZENSTWO, JEDNOSTKA. *Libro de Jubileo dedicado al profesor Leszek Kubicki*. Comité de Redacción: A. Lopatka-presidente, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Varsovia 2003.

3. Ver, B. KUNICKA-MICHALSKA: “Reforma Kodeksu Karnego w Hiszpanii” (La reforma del Código Penal español), *Panstwo i Prawo* 2004 N.º 6.

4. Ver, entre otros: M. PLACHTA: “Jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Karnego” (La jurisdicción de la Corte Penal Internacional), *Studia Prawnicze* 2002, N.º 4; M. PLACHTA: Polskie prawo karne a postanowienia Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (La legislación penal polaca y las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional), *Panstwo i Prawo* 2002, N.º 8; A. ZABLOCKA: “Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego a polskie prawo karne materialne” (El Estatuto de la Corte Penal Internacional y el derecho penal polaco) *Revista trimestral Prawo Publiczne* 2001, N.º 3; K. KARSKI: “Ratyfikacja Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (zagadnienia prawnomiędzynarodowe i konstytucyjne)” (Ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional) (cuestiones jurídico-internacionales y constitucionales), *Panstwo i Prawo* 2001, N.º 1; “Polemika w sprawie ratyfikacji Statutu MTK” (Polémica en torno a la ratificación del Estatuto de la CPI): K. Karski, *Panstwo i Prawo* 2001, N.º 7; M. PLACHTA, A. WYROZUMSKA, *Panstwo i Prawo* 2001, N.º 5; K. GRAJEWSKI: “Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego a niektóre regulacje Konstytucji z 1997 r.” (El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y algunas normas de la Constitución de 1997), *Gdanskie Studia Prawnicze* 2003, N.º 11; B. BANASZAK: “O konieczności zmiany Konstytucji RP w związku z ratyfikacją Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego” (Sobre la necesidad de enmendar la Constitución de la República de Polonia en relación con la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional), *Humanistyczne Zeszyty Naukowe Prawa Człowieka* 2003, N.º 9; J. IZYDORCZYK, P. WILINSKI: “Postępy w ratyfikacji Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego” (Progresos en la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional), *Prokuratura i Prawo* 2002, N.º 3; R. GRABOWSKI: “Międzynarodowy Trybunał Karny” (La Corte Penal Internacional), *Rzeszowskie Zeszyty Naukowe* 2001, N.º 30; P. MILIK: “Międzynarodowy Trybunał Karny a problematyka bezpieczeństwa światowego” (La Corte Penal Internacional y los problemas de la seguridad mundial), *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2003, N.º 3; La literatura indicada por B. KUNICKA-MICHALSKA en: E. BIENKOWSKA, B. KUNICKA-MICHALSKA, G. REJMAN, J. WOJCIECHOWSKA, KODEKS KARNY. *Czesc Ogolna* (Código Penal. Parte General), coord. G. Rejman, Ed. C.H. Beck, Varsovia, 1999, págs. 1391-1392.

5. Ver B. K.-M.: “Posiedzenie Polskiej Sekcji AIDP” (Sesión del Grupo polaco de la AIDP), *Panstwo i Prawo* 1999, N.º 7 y 2000

N.º 9; F. CZERNICKI: “Posiedzenie Polskiej Sekcji AIDP” (Sesión del Grupo Polaco de la AIDP), *Panstwo i Prawo*.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morùn

A la fecha aproximadamente, 90 Estados de la comunidad internacional han ratificado el Estatuto de Roma, la República Dominicana ha firmado el estatuto de Roma el 8 de septiembre del año 2000, y se encuentra pendiente de ser ratificado por el Congreso de la República, a los fines de que posteriormente sea promulgado y pueda entrar en vigencia en nuestro País, incorporándolo a nuestra legislación nacional, para que la Corte Penal Internacional funcione en el país.

Según lo dispuesto en el Estatuto de Roma, la República Dominicana (y todos los Estados que han ratificado el Estatuto), debe tomar las medidas pertinentes y desarrollar una legislación que permita aplicar el Estatuto de Roma en nuestro país, para que de esta forma podamos cumplir con los requisitos exigidos y darle cumplimiento a todo lo estipulado, y de esta forma poner en funcionamiento dicho Estatuto en el país.

En el Senado y la Cámara de Diputados de nuestro país no hay pendiente de estudio, ni de aprobación ninguna reforma a nuestra legislación nacional, con el objetivo de poner en funcionamiento la Corte Penal Internacional, a la fecha nuestro país firmó el Estatuto de Roma, pero, debe ratificarlo y promulgarlo para su entrada en vigor, lo cual está pendiente de realizarse.

Uruguay

Pablo Galain Palermo

Prof. Adscrito de la Universidad Católica Montevideo

1. La adopción del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 (en adelante *Estatuto*) ha marcado el inicio de una nueva fase del desarrollo del derecho internacional, luego de más de un siglo de infructuosos intentos. La humanidad, y en especial el ordenamiento jurídico internacional, han conseguido dotar de estabilidad e independencia a un órgano internacional, que tiene el cometido de juzgar y sancionar a aquellos sujetos que cometan

Revista Penal

Uruguay

determinados crímenes o delitos, los más graves e intolerables ataques contra bienes jurídicos que atañen a toda la humanidad.

La República Oriental del Uruguay como Estado parte¹ del Estatuto constitucional de la Corte Penal Internacional (en adelante *Código Penal Internacional*) y como nación comprometida con la legalidad internacional, ha procedido a legislar en forma interna la aprobación de dicho cuerpo normativo a través de la Ley 17.510 de fecha 27 de junio 2002 (en vigor desde el 1 de julio de 2002).²

En enero de 2003, el Poder Ejecutivo envió al Parlamento un Proyecto de Ley³ (en adelante *Proyecto*) a efectos de adaptar el *Estatuto* aprobado al ordenamiento nacional, como dispone el art. 3 de la Ley 17.510⁴.

Sin embargo, y pese a las recomendaciones provenientes del ámbito internacional, la República no ha realizado ninguna modificación en su Código Penal o en el ordenamiento jurídico nacional tras la aprobación del *Estatuto*⁵.

2. Cuando se trata de la colaboración entre distintos Estados o entre los Estados y algún organismo supranacional, como es el caso que nos ocupa, el principio de complementariedad⁶ se torna de imposible ejercicio si los crímenes de competencia del *Código Penal Internacional*, no constituyen a la vez conductas punibles en la esfera de competencia de los jueces nacionales. Es decir, tales crímenes o delitos deben estar también consagrados en el derecho interno, en vista que la complementariedad establece la primacía de las jurisdicciones nacionales frente a la jurisdicción internacional del *Código Penal Internacional*, siendo éste sólo competente para juzgar al autor de los crímenes sujetos a su jurisdicción cuando compruebe por sí, que el Estado interesado no está en condiciones —o no tiene— la voluntad de juzgarlo⁷.

Así las cosas, cada Estado podrá optar bien por la tipificación de las conductas punibles en el Código Penal, o por la incorporación al derecho interno por vía de la **remisión al orden jurídico nacional**, de los crímenes previstos en el *Estatuto* del *Código Penal Internacional*. En el caso uruguayo, se optó por esta última técnica⁸.

3. En lo que refiere al *Proyecto* de 2003, el párrafo 2 del art. 3 consagra un principio de singular importancia, si tenemos en cuenta que el *Estatuto* se aplica a crímenes internacionales de excepcional gravedad (aunque la historia reciente demuestra que son de regular comisión). La *ratio* de esta norma es evitar la impunidad de tales crímenes en el territorio de la República Oriental del Uruguay o en aquellos lugares sometidos a su jurisdicción, con el fin de impedir la utilización de

territorio uruguayo como refugio para quienes cometan los crímenes a que hace referencia el *Estatuto*. Esta competencia complementaria, se ejercerá siempre y cuando no se solicite su extradición por el Estado con jurisdicción para entender en dichos crímenes, ni el *Código Penal Internacional* solicite su entrega.

El art. 2 incorpora al derecho interno los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra mencionados en el art. 5 del *Estatuto*, cuyas definiciones y elementos se encuentran previstos en la tipificación contenida en los arts. 6 a 8 de dicho instrumento; los cuales, a efectos de ser interpretados, podrán ser complementados por el art. 9 del *Estatuto*.

El art. 4 del proyecto prevé los delitos contra la administración de justicia, respecto de los que se establece la pena mínima y máxima, de conformidad con el art. 70 del *Estatuto*.

4. En cuanto atañe a la cooperación de los Estados con el *Código Penal Internacional* (arts. 86 y ss. del *Estatuto*), se debe tener en cuenta que dicho deber es más extenso que el que enmarca la cooperación entre distintos Estados. El *Estatuto*, no obstante el carácter excepcional de las causales de rechazo, admite bajo determinadas condiciones, la posibilidad de oponer razones de seguridad nacional. Por ende, será el Ministerio de Relaciones Exteriores la autoridad que oficiará de nexo entre el Estado uruguayo y el Código Penal Internacional⁹.

Entre otros cometidos que se detallan en el proyecto, tendrá el de conferir traslado de la solicitud, según su naturaleza y finalidad, a los órganos nacionales que en cada caso resulte pertinente. De esta forma, el Poder Ejecutivo hace las veces de “primer filtro” de las solicitudes provenientes del Código Penal Internacional y deriva al Poder Judicial (Suprema Corte de Justicia)¹⁰, con la previa vista al Fiscal de la Corte y Procurador General de la Nación, en caso de proceder la limitación de derechos personales o patrimoniales de los presuntos responsables (arts. 15 y ss. del *Proyecto*)¹¹.

5. Así las cosas, podemos señalar a modo de síntesis, que:

a) el desarrollo del proceso penal internacional ha debido compaginar dos tipos de procedimientos bien diferenciados, el anglosajón y el de la Europa continental, de cuya fusión ha resultado un fiscal con demasiados poderes de disposición (en base al principio de oportunidad) que se convierte en el “amo y señor del proceso”, modelo al cual deben adaptarse todos los Estados firmantes, especialmente aquellos que no han adoptado un sistema procesal penal acusatorio pleno —como es el caso de Uruguay—, a efectos de coordinar la coo-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

peración entre ellos y el *Código Penal Internacional*;

b) en cuanto a la cooperación entre los distintos Estados, el sistema prevé una modalidad que combina el conocido instituto de la extradición con la cooperación obligatoria o vertical prevista en ocasión de los *tribunales ad hoc* de la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994); en ese sentido y previniendo la posibilidad de recibir solicitudes concurrentes (supongamos un pedido del *Código Penal Internacional* y uno de extradición de cualquier Estado requirente), el art. 18 del *Proyecto* indica que tal situación deberá ser resuelta por el Poder Ejecutivo. Nosotros entendemos que no puede tratarse de una decisión que dependa de la voluntad del Estado requerido, sino que ante pedidos concurrentes debería darse prioridad a la solicitud del *Código Penal Internacional*. Como vemos el *Proyecto* pretende dejar en manos del Poder Ejecutivo una decisión de tales características;

c) del análisis comparado de la situación de la legislación latinoamericana en cuanto a normas específicas de derecho penal internacional, se puede decir que se está muy lejos de lo deseable, ya que “prácticamente no existen normas sobre la materia mas allá de la tipificación aislada de algún crimen internacional o las regulaciones concernientes al principio de jurisdicción universal”¹²;

d) que respecto a los crímenes a los que se refiere el *Estatuto*, Uruguay no ha introducido ninguno de los tipos penales en su ordenamiento interno, permaneciendo los mismos en la órbita del Derecho Internacional Público, es decir, que sólo podrán ser perseguidos por la República, aquellos delitos que coincidan con las descripciones típicas del ordenamiento interno, lo que significa un notorio incumplimiento del Estado uruguayo con el compromiso internacional asumido;

e) se debe criticar el hecho de recurrir a la vía de la remisión cuando hubiera correspondido proceder a la tipificación de cada delito en forma individualizada y en correspondencia con los lineamientos generales del derecho penal uruguayo;

f) no se explica por qué el Poder Ejecutivo puede resolver sobre las cuestiones de inmunidad (art. 98 y art. 27 del *Estatuto*, art. 9.1 del *Proyecto*), que surjan en ocasión de la ejecución de una solicitud de cooperación; así como proponer candidatos en las elecciones para Magistrados y para el Fiscal del *Código Penal Internacional* (arts. 36.4 y 42.4 *Estatuto*, art. 9.n *Proyecto*), sin tener en cuenta la opinión de los otros Poderes del Estado, en particular del Judicial;

g) según el art. 11 del *Proyecto*, ante la producción de una situación con apariencia delictiva en

el sentido de los crímenes y delitos contenidos en el *Estatuto* “el Poder Ejecutivo podrá remitir los antecedentes de dicha situación al Fiscal de Corte...”. Aquí se debería aclarar que no es *potestad* del Estado uruguayo decidir el envío de toda la documentación que tenga en su poder ante la eventual comisión de un crimen internacional perseguible por el *Código Penal Internacional*, sino una *obligación* a la que se ha comprometido con la firma y aprobación interna del *Estatuto* (art. 86)¹³; empero —además— de no producirse las “razones” o “motivos” de seguridad nacional a las que alude el art. 21.6 del *Proyecto*, ninguna otra consideración podría ser valorada para no cooperar con el Código Penal Internacional.¹⁴

6. Hecha esta breve síntesis, corresponde indicar que más allá de posibles aciertos o errores del Estatuto de Roma y de las Leyes que cada país sancione, el funcionamiento efectivo —en la práctica— de la Corte Penal Internacional, dependerá no tanto de la naturaleza jurídica o del alcance de las obligaciones que se suscriban, cuanto de la voluntad política de los Estados de cooperar en la persecución de los responsables de los crímenes a los que el *Estatuto* refiere¹⁵.

En el caso de Uruguay, más allá de las muchas atribuciones que generalmente se otorgan al Poder Ejecutivo en detrimento de los otros Poderes de Estado, su voluntad es clara (aunque debieran introducirse modificaciones en el *Proyecto* presentado por Poder Ejecutivo) respecto al compromiso con la comunidad internacional en la persecución de los responsables de los crímenes más aberrantes cometidos contra seres humanos y sus derechos fundamentales.

Notas

1. La República Oriental del Uruguay suscribió el Estatuto de Roma el 19 de diciembre de 2000. En junio de 1998 había sido uno de los 160 Estados participantes del Comité Preparatorio, y uno de los 120 Estados que aprobaron en primera instancia el mismo.

2. Ténganse en cuenta que el *Estatuto* en vigencia el 1.º de julio de 2002.

3. Comisión de Derechos Humanos, Carpeta n.º 179 de 2000, repartido 120 de mayo de 2000.

4. La Ley se estructura en un sector preliminar, dos Partes, cinco Títulos, tres Capítulos y 23 artículos. El sector preliminar comprende las definiciones. La Parte I contempla los crímenes, las penas y los principios generales, en tanto la Parte II regula la cooperación con la CPI. En esta última el Título I identifica los órganos competentes y sus atribuciones; el Título II refiere a la remisión de situaciones a la CPI y a la impugnación de la competencia o admisibilidad; el Título III prevé la cooperación internacional

Revista Penal

Uruguay

y la asistencia judicial. Este último Título contiene varios capítulos. En el Capítulo 1 se establecen las disposiciones generales, el Capítulo 2 regula la detención y entrega de personas a la *CPI* y el Capítulo 3 contempla otras formas de asistencia. El Título IV regula la ejecución de las sanciones adoptadas por la *CPI*. Por ende, el Título V contiene una disposición final que vincula el texto del proyecto con la ley aprobatoria del *Estatuto*.

5. Respecto al delito de genocidio (art. 6 *Estatuto*), pese a haber aprobado Uruguay la Convención de París de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Ley 13482 de 7 de julio de 1966), no ha incluido a dicho delito en el ordenamiento penal nacional. Además, a pesar de haber la República Oriental de Uruguay ratificado la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Ley 16294 de 11/8/1992), la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas (Ley 16724 de 13/12/1995), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 13670 de 1/7/1968), tampoco ha introducido en el derecho penal interno los crímenes contra la humanidad (asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la *CPI*; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física; según el art. 7.1 *Estatuto*). Respecto a los crímenes de guerra que enumera el art. 8 del *Estatuto* (infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949) Uruguay carece de cualquier regulación interna, con la excepción del Libro II título I del Código Penal (Delitos contra la Patria), donde se incluye como delito alguna de las figuras (arts. 132 y 133) a las que se refiere el artículo recién mencionado. Se debe tener en cuenta que cuando se trata de un autor especial (militar) corresponde aplicar el Código Penal Militar. Es en verdad en este cuerpo normativo donde están previstos los crímenes de guerra en el ordenamiento jurídico uruguayo. En la actualidad se encuentran a estudio del Parlamento un Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo en fecha 11/7/2000 para aprobar la Convención de la ONU (26/11/1968) sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Poder Legislativo, Comisión de Asuntos Internacionales, carpeta 527 de 2000, repartido 302 de 2000), y un Proyecto de Ley sobre Delitos de Lesa Humanidad (Poder Legislativo, Comisión de Derechos Humanos, carpeta 179 de 2000, repartido 120 de 2000). *Vid.* al respecto GONZÁLEZ, José Luis, "Informe sobre Uruguay", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Ambos/Ma-

larino (editores), Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2003, págs. 502 y ss.

6. La *CPI* no ha sido creada para sustituir a los tribunales nacionales, correspondiendo su intervención sólo en aquellos casos excepcionales en que, por diversas razones, los Estados no puedan o no estén dispuestos a juzgar a los supuestos responsables de las conductas criminales previstas en el *Estatuto*. El art. 17 de dicho cuerpo normativo consagra esta regla, cometiendo a la *CPI* resolver por sí y ante sí la admisibilidad de un asunto, teniendo en cuenta (con especial interés), si el Estado con jurisdicción y competencia, no está (o no estuvo) dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento de los presuntos responsables, o no puede (o no pudo) hacerlo. Esto indica, el carácter complementario del ejercicio de la competencia de la *CPI*, y significa que ésta sólo podrá actuar cuando los Estados Parte no estén dispuestos o no puedan ejercer su jurisdicción sobre un caso que es de competencia de la *CPI*. De todas formas, en última instancia es la propia *CPI* la que decide sobre su propia competencia y/o actuación.

7. Como sostienen ESER y KREICKER, no pueden caber dudas respecto a que la persecución de determinados crímenes internacionales es obligación de cada Estado. *Vid.*, ESER/KREICKER, "Prefacio e introducción al proyecto", "Persecución penal nacional de crímenes internacionales", en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, obra cit, pág. 15.

8. La opción por la vía de la remisión impide que sean incluidas en el ordenamiento interno algunas figuras delictivas que podrían darse con frecuencia en la práctica, como es el delito de tortura, que deberá ser abarcado por otros delitos existentes (por ejemplo, lesiones o abusos de la autoridad contra los detenidos) pero que no conllevan la carga simbólica (independientemente de la magnitud de la pena) que dicho tipo objetivo ofrecería.

9. Según el art. 9 del *Proyecto* corresponde al Poder Ejecutivo sostener —fundadamente— ante la Asamblea de los Estados Parte la decisión de la República de no brindar —excepcionalmente— cooperación (art. 87.7 del *Estatuto*), debiendo estar Uruguay a lo que en ella se resuelva; como también, presentar denuncia ante la autoridad judicial competente, con fines de persecución penal y a pedido de la *CPI*, en los casos previstos en el art. 70, párrafo 4, literal b) del *Estatuto*; tomar a cargo de la República, cuando corresponda, a solicitud de la *CPI*, la ejecución de penas (art. 103 del *Estatuto*); resolver sobre las cuestiones de inmunidad (art. 98 y art. 27 del *Estatuto*), que surjan en ocasión de la ejecución de una solicitud de cooperación; autorizar al Fiscal de la *CPI* a ejecutar en territorio uruguayo actos de instrucción en el sentido del art. 99.4 del *Estatuto*; proponer candidatos en las elecciones para magistrados de la *CPI* y para el Fiscal de la *CPI*, de conformidad con lo previsto en los arts. 36.4 y 42.4 y adoptar las demás decisiones de carácter no jurisdiccional respecto de las solicitudes de cooperación previstas en el *Estatuto*.

10. Según el art. 10 será competencia del Poder Judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia, emitir opinión consultiva sobre la admisibilidad de la causa o en su caso, sobre la competencia de la Corte, en los casos previstos en los arts. 17 y 19 del *Estatuto*; conocer en las solicitudes de detención provisoria y de detención y entrega que se efectúen de conformidad al art. 59 (1)

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

y (2) del *Estatuto* y conocer en las demás solicitudes de cooperación que requieran el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de conformidad con lo establecido en el art. 93 del *Estatuto*.

11. Según el art. 16.6 del *Proyecto*, será la Suprema Corte de Justicia el órgano que decida respecto al traslado de un sujeto detenido provisionalmente.

12. *Vid.*, AMBOS Kai/MALARINO Ezequiel, "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en *Persecución penal*, cit, pág. 588.

13. Art. 86: Obligación general de cooperar: Los Estados Parte, de conformidad con lo dispuesto en el presente *Estatuto*, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

14. Estos motivos de "seguridad nacional" que puede oponer el Estado para no colaborar con la CPI deberían ser taxativamente definidos, puesto que la amplitud —rayana en la ambigüedad— de determinadas normas, permite excesos y situaciones confusas que no tiene por qué solucionar el intérprete cuando es deber del legislador la claridad del mensaje normativo.

15. En similar sentido, LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, 2001, pág. 297. Lamentablemente, al día de hoy, poderosas naciones como EEUU, China (integrantes permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU), Israel o India, por citar algunas de las más influyentes en el orden mundial, tantas veces permisivas con la violación de derechos humanos sin que hubieran procedido a perseguir a los responsables de las mismas (así se trate de jefes de Estado o militares), no han ratificado el *Estatuto*. Así como debemos resaltar que tampoco ha habido consenso internacional respecto a la tipificación del delito de agresión (art. 5.1.d *Estatuto*).

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

CONSIDERACIONES PRELIMINARES. SITUACIÓN ACTUAL

La Corte Penal Internacional fue establecida por el *Estatuto de Roma* y constituye su órgano jurisdiccional, su carácter es complementario de las jurisdicciones penales nacionales y su objetivo es evitar que se produzca la impunidad de los delitos más atroces contra la humanidad. Es decir, este Tribunal sólo actúa en caso de que el Estado Parte no lo haga, demostrando así su negligencia o su incapacidad de investigar y enjuiciar a los responsables de la perpetración de los delitos allí expresamente establecidos. La Competencia de la Corte se circunscribe a los delitos más graves que se pueden cometer contra los derechos humanos, los

cuales el *Estatuto* ha denominado "Crímenes", éstos son, los de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, en sus diversas modalidades y con las circunstancias agravantes allí señaladas. El *Estatuto de Roma* creando la Corte Penal Internacional fue aprobado por 120 países el 17 de julio de 1998¹, entrando en vigencia a partir del 1.º de julio de 2002.

Venezuela fue el primer país de Iberoamérica² y el undécimo en el mundo en ratificar el *Estatuto*, el cual se convirtió en Ley vigente de la República al ser publicado su texto íntegro en la Gaceta Oficial N.º 5.507 Extraordinario del 13 de diciembre de 2000, luego de su aprobación por el Poder Legislativo. Sin embargo, hasta la presente fecha, Venezuela no ha legislado apropiadamente sobre la materia, ya que no ha desarrollado debidamente las normas penales y procesales contenidas en el *Estatuto*³, adecuándolas totalmente a los principios, derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución Nacional, para así, luego de que hayan sido incorporadas con las adaptaciones requeridas al derecho positivo venezolano, específicamente al Código Penal o a una Ley Especial, pueda ser eficaz y efectivamente aplicado dicho *Estatuto*. Es evidente que no basta lo que hasta ahora se ha hecho, que no ha sido otra cosa que, simplemente, limitarse a publicar textualmente el *Estatuto* tal como fue aprobado en Roma. Esto ha ocasionado que algunos juristas han puesto en duda la real posibilidad de que el mismo se pueda aplicar actualmente en Venezuela, tal como ha sido publicado, o, al menos, no con la efectividad requerida⁴. En todo caso, el *Estatuto*, a pesar de las fallas que presenta y que deben ser corregidas y aclaradas, sí es legislación positiva venezolana y forma parte integrante de la misma, porque, como ya antes se indicó, fue suscrito y ratificado por Venezuela y su contenido se encuentra publicado en la Gaceta Oficial, lo que lo convierte en ley vigente.

Desde marzo de 2001 Venezuela se encuentra estudiando y analizando propuestas de reforma del Código Penal, tanto por parte de la Asamblea Nacional como del Tribunal Supremo de Justicia⁵, entre otras cosas, para adecuar el nuevo Código a las disposiciones de la Constitución Nacional de diciembre de 1999 y al *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional. En general, considero que los delitos y crímenes de Lesa Humanidad deben ser mejor ordenados y sistematizados que como se encuentran en el *Estatuto*, especialmente el genocidio. En realidad, el *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional no es precisamente un buen ejemplo de orden, ni de sistematización, ya que establece y repite muchas conductas puni-

Revista Penal

Venezuela

bles. Venezuela debe aprovechar la oportunidad que actualmente tiene, ya que precisamente se encuentra elaborando la reforma legislativa del Código Penal, así como la recopilación, compilación y codificación de las leyes penales especiales existentes, para enmendar y corregir todos los entuertos y defectos que tiene el Estatuto, y, por supuesto, evitar su repetición.

Como muy bien lo ha señalado Kai AMBOS “... un examen más detenido del Estatuto de Roma nos lleva rápidamente de vuelta a complejos tecnicismos legales e insuficiencias, resultado del 'espíritu de compromiso' presente en las negociaciones diplomáticas que tuvieron lugar en el edificio de la FAO de Roma. El Estatuto de Roma no es precisamente un depurado código de derecho penal y procesal penal desde el punto de vista dogmático, ni podía serlo. Pero es un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos aceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma. Esto se puede afirmar de todo el Estatuto, pero en especial de la Parte III, titulada 'Principios Generales’”⁶.

Para la implementación del Estatuto, los Estados Parte no tienen que "copiar" el procedimiento y los crímenes allí establecidos, pero sí deben respetar los aspectos principales y básicos, según los estándares mínimos establecidos en el Derecho Internacional.

EL TRABAJO DE LA COMISIÓN MIXTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Quien más ha analizado, estudiado y discutido el tema del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el seno de la Comisión Mixta, es el Dr. Fernando M. FERNÁNDEZ⁷, habiendo presentado numerosos informes al respecto. En ellos, ha realizado fundamentalmente las siguientes propuestas:

1.- Que se incorpore dentro de los hechos punibles el término "Crímenes", que no existe actualmente como tal en Venezuela, para así, según él, poder cumplir adecuadamente con lo establecido en el Estatuto de Roma. Aclarando que el uso del término "Crímenes" queda restringido a los hechos punibles claramente tipificados en el Estatuto⁸.

2.- Que se debe de guardar estricta fidelidad entre los hechos sancionados por el Estatuto de Roma y la legislación nacional para evitar la inseguridad jurídica.

3.- Que se debe de mantener la separación entre los diferentes crímenes internacionales, tal y como lo establece el propio Estatuto.

4.- Que los crímenes de guerra deben ser tipificados en el Código Orgánico de Justicia Militar y no en el Código Penal.

En relación a la proposición de incorporar el vocablo “crímenes” dentro del Código Penal, como un hecho punible distinto y diferente al denominado “delitos”, la considero innecesaria e infundada, ya que, a mi juicio, no sólo traerá más perjuicios que beneficios, sino que, adicionalmente, el término “crímenes” no está previsto como algo distinto o diferente a los “delitos”, sino como una modalidad agravada de los mismos. La palabra “delito” es la generalmente utilizada en los países de habla hispana, en cambio la palabra “crimen” es la comúnmente usada en los países anglosajones. En Venezuela, durante más de 100 años, estuvo vigente el “Código de Enjuiciamiento Criminal”, sin embargo, en nuestras universidades la cátedra se denominaba, y aún se denomina, “Derecho Procesal Penal”, no “Derecho Procesal Criminal”, sencillamente porque siempre hemos considerado como sinónimos a “delitos” y a “crímenes”, reservando la palabra “crímenes” para referirnos a los “delitos más graves”. De manera que, al menos para nosotros, los crímenes no son más que modalidades agravadas de los delitos. Por ello, creo que es absolutamente innecesario el abandonar nuestro clásico bipartidismo de dividir los hechos punibles en delitos y faltas, para asumir un tripartidismo ajeno a nuestras tradiciones legislativas, con el único objetivo de pretender distinguir entre esos dos términos, cuando, repito, al menos entre nosotros, no existe confusión alguna, y máxime cuando las consecuencias jurídicas tanto del uno como del otro, son exactamente las mismas, ya que ambos prevén un castigo a una determinada pena de prisión que, por disposición y mandato constitucional, bajo ninguna circunstancia puede superar los treinta 30 años de privación de libertad. Por otro lado, la Constitución Nacional vigente de 1999⁹, en el numeral 6 del art. 49, expresa y taxativamente señala que: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como **delitos, faltas o infracciones** en leyes pre-existentes” (negritas agregadas), no previendo castigo alguno para los “**crímenes**”. En consecuencia, la forma adecuada de sancionar a los “crímenes” en Venezuela, es si se les considera como una modalidad agravada de los delitos, ya que, de otra manera, se corre el riesgo de que los acusados aleguen la inconstitucionalidad de dicha figura, por violar la mencionada norma. En consecuencia, para poder establecer el término “crímenes” sin que esto cause problemas, habría que reformar primero la Constitución. Es conveniente igualmente resaltar,

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

como un ejemplo de que el Estatuto de Roma también utiliza como sinónimos otros vocablos, que la denominación en inglés de la Corte Penal Internacional es "*The International Criminal Court*", donde, como se notará, el término "*Criminal*" fue traducido del inglés al castellano como "*Penal*", a pesar de que la palabra "criminal" existe, se escribe y significa exactamente lo mismo tanto en inglés como en español, pero se prefirió "penal". Esto es así, simplemente porque el vocablo "penal" es el usualmente utilizado en nuestros países, en cambio el vocablo "criminal" es el normalmente usado en los países anglosajones.

EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL MAGISTRADO ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

A mediados de diciembre de 2003, el Magistrado Doctor Alejandro ANGULO FONTIVEROS, Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, presentó para la consideración de los demás Magistrados, un Anteproyecto de Código Penal de 1038 arts., conteniendo las más de ochenta 80 leyes penales especiales actualmente vigentes¹⁰. En el Título IV del Libro Segundo (Parte Especial) del Anteproyecto, desde el art. 339 hasta el 442, se tipifican los crímenes de lesa humanidad.

Entre las novedades que presenta el Anteproyecto Angulo, se encuentra el incluir al Terrorismo como delito de lesa humanidad. En principio, no se considera al Terrorismo como un crimen de Lesa Humanidad, ya que generalmente son delitos que pretenden alterar el orden constitucional de un país determinado, por razones o motivos enteramente políticos, económicos y sociales. Sin embargo, es un tema bastante interesante, especialmente después de los atentados indiscriminados que han ocurrido en los últimos tiempos, así como por los grupos o bandas que se han organizado internacionalmente, algunas de las cuales tienen motivaciones cercanas a este tipo de hechos punibles (diferencias raciales, creencias religiosas distintas, diversas nacionalidades, etc.). Por ello, la novedosa propuesta de incluir al Terrorismo como un crimen de Lesa Humanidad merece ser estudiada y analizada. El debate promete ser útil y definirá la conveniencia o no de hacerlo. En todo caso, el Estatuto de Roma no contempla el Terrorismo entre los crímenes de la Competencia de la Corte Penal Internacional, pero pudiera ser incorporado en el futuro.

Otra novedad del Anteproyecto es el considerar a la Piratería y a otras modalidades de ataques,

atentados y apoderamientos de naves y aeronaves como crímenes de lesa humanidad cuando "sean cometidos con gran ignominia¹¹" (ver arts. 373, y del 568 al 576), lo cual no me parece adecuado y no estoy de acuerdo.

También incorpora el Anteproyecto al Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, como crimen de lesa humanidad, seguramente como consecuencia de algunas sentencias dictadas por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal de Venezuela en ese sentido¹². A pesar de ello, en mi opinión, el tráfico de drogas no puede ser considerado un crimen de lesa humanidad. Sí es, por supuesto, un delito muy grave y abominable, que merece todo el repudio de la colectividad y que se le aplique todo el peso de la ley, pero no es un crimen de lesa humanidad. Considero que se desnaturalizan esa clase de crímenes si a cualquier delito grave se le confiere tal carácter.

En relación con las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, comparto plenamente que se debe de mantener una actitud muy firme para enfrentar ese flagelo, en consecuencia, estos delitos deben ser muy severamente perseguidos y castigados, sin aceptar ningún tipo de permisividad, y que bajo absolutamente ninguna circunstancia se debe pensar en su legalización. Por ello, el 12 de septiembre de 2002, presenté a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, un Informe donde señalé, entre otras cosas, lo siguiente:

"Las drogas son un problema sumamente grave de salud pública y de seguridad social, con incidencia en el orden público, en la economía, en la educación, en el aumento de la corrupción, en la transmisión de enfermedades y en la criminalidad. Son sustancias que desinhiben a las personas trastornando su voluntad y las llevan a cometer todo tipo de delitos y causar toda clase de accidentes. Los estupefacientes degradan y desequilibran moral, psíquica y físicamente a las personas, hasta incapacitarlas y convertirlas en verdaderas piltrafas humanas, desmembrando a la familia y destruyendo a la sociedad, convirtiendo al consumidor en un potencial delincuente, propiciando la formación de bandas y grupos cuyo único objetivo en la vida es el drogarse, constituyéndose así el drogadicto en una pesada carga para el Estado y en un grave problema tanto para la comunidad en general, como para su propia familia y amistades. Por ello se considera que son múltiples y complejos los bienes jurídicos que es necesario proteger y que se lesionan o se ponen en peligro, a través de los delitos previstos en la LOSSEP, cuya Exposición de Motivos los cataloga como "pluriofensivos", por los diversos bienes tutelados del Estado que vulneran como fenómeno global.

Revista Penal

Venezuela

Por otro lado, pensar que las drogas llamadas “blandas” no son un peligro para nuestra juventud, es pecar de ingenuo o de ignorante, ya que, evidentemente, por allí se empieza, pasar a otras drogas más “duras” es sólo cuestión de tiempo y de recursos, sean éstos legales o no, que, por lo cuantiosos que son los requerimientos, con casi total seguridad, finalmente serán ilegales. Permitir o hacerse de la vista gorda en relación al consumo de sustancias estupefacientes, cualesquiera que éstas sean, es una actitud criminal, alcahueta y celestina, que más temprano que tarde lamentaremos. La atención especializada a las primeras víctimas de este “negocio”, esto es, a los consumidores, es indispensable proseguirla e intensificarla, sin descanso ni cuartel, sino queremos convertirnos todos finalmente en víctimas también”.

Considero por lo tanto, que los hechos punibles relacionados con el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas no sólo afectan la salud pública, sino la vida y la integridad de las personas, y es allí donde deberían estar ubicados esos delitos, pero, de ninguna manera, como crímenes de lesa humanidad.

En relación a los Crímenes de Lesa Humanidad susceptibles de ser cometidos en tiempo de guerra (crímenes¹³ de guerra), la mayoría de los especialistas opinan que deben ir en el Código Orgánico de Justicia Militar y no en el Código Penal, sin embargo, lo realmente importante es que se encuentren adecuadamente tipificados en la legislación nacional. En todo caso, desde el art. 400 hasta el 442 del Anteproyecto (y muy especialmente a partir del art. 426), se vuelven a repetir una serie de figuras delictivas (discriminación racial, desaparición forzada, homicidio, lesiones, esclavitud, tortura, violación, prostitución forzada, embarazo y esterilización, privación ilegítima de libertad, deportación, apartheid, etc.), ahora en tiempos de guerra. Considero que se deben de evitar las repeticiones inútiles de hechos punibles e integrar muchas disposiciones, de esa manera podrían eliminarse algunos artículos que realmente están de más. Esto ha sucedido así, como consecuencia lógica de la compilación indiscriminada de más de 80 leyes especiales y del Estatuto de Roma. La minuciosa revisión y adecuada selección de los hechos punibles contenidos en toda esa legislación posiblemente solucionaría el problema.

Al igual que ocurre con el Estatuto de Roma, algunas conductas previstas en el Anteproyecto deben ser planteadas mejor. Considero que se debe tener en cuenta es el bien jurídico protegido y no la naturaleza de personas protegidas, que en realidad es un agravante, por lo que debe evitarse la proliferación y repetición de figuras delictivas, co-

mo es el caso del genocidio, de la esclavitud, de la desaparición forzada de personas, y otras ya mencionadas anteriormente. No es conveniente que en el mismo Código Penal haya dos o más normas destinadas a sancionar la misma conducta delictiva, y que, adicionalmente, estén ubicadas a 100 arts. de distancia una de la otra.

CONCLUSIONES

Se requiere por lo tanto, una lectura coordinada por los bienes jurídicos protegidos (vida, salud, libertad sexual, etc.) e incluir circunstancias agravantes si se trata de una persona protegida o un conflicto bélico, etc. Los crímenes internacionales (genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión) se han establecido para agravar los supuestos básicos o contemplar conductas que son impunes con la regulación tradicional o que no están expresamente tipificadas, no para volver a repetir innecesariamente todo el articulado de los hechos punibles. Considero que hay que revisar si es realmente necesario transcribir todo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, u optar por fórmulas más sencillas. Yo me inclino por lo segundo.

Por todo lo antes expuesto, considero que se debe analizar, revisar, simplificar y adecuar las tipificaciones de los graves delitos (crímenes) establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado y ratificado por Venezuela, a nuestra Constitución y tradición legal, esto es, lo correspondiente a: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Esto significa, incorporar en el Código Penal, o en el Código de Justicia Militar, según sea el caso, los siguientes ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación de poblaciones, la tortura, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual grave, la persecución por motivos inaceptables, la desaparición forzada de personas, el apartheid, los actos inhumanos, los ataques o bombardeos de ciudades, pueblos o edificaciones que no sean objetivos militares, la realización de saqueos y el empleo de armas prohibidas, con sus modalidades y respectivas circunstancias agravantes.

BIBLIOGRAFÍA

ANGULO FONTIVEROS, Alejandro. *Anteproyecto de Código Penal*. Publicaciones del Tribunal

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Supremo de Justicia de Venezuela. Caracas. 2004. 1038 arts.

AMBOS, Kai y otros. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. 512 págs.

AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. 213 págs.

FERNÁNDEZ, Fernando. *Crímenes, Delitos y faltas Vigentes en Venezuela*. 2 Tomos. Livrosca. Caracas. 2003. 787 págs.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y otros. *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. E Caso Pinochet*. Tirant lo blanch. Valencia 2000. 373 págs.

TRIFFTERER, Otto, y otros. "Domésticos de Ratificación e Implementación" en *La Nueva Justicia Penal Supranacional*. Ed. Tirant Lo Blanch.

Notas

1. La votación fue así: 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones.

2. También fue el primer país del mundo en abolir la pena de muerte para todos los delitos en 1864.

3. En relación a la parte procesal sí se ha avanzado mucho con la puesta en vigencia plena del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) en julio de 1999.

4. FERNÁNDEZ, Fernando. "Reforma Parcial Urgente al Código Penal Venezolano". Informe (Borrador) 2.ª versión, presentado el 06-11-02 a la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, págs. 5 y 6.

5. Por la Asamblea Nacional mediante una Comisión Mixta designada especialmente para tales efectos, y por parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), a través del Magistrado Alejandro ANGULO FONTIVEROS, quien fue comisionado para ello y presentó una propuesta en diciembre de 2003, la cual no pudo ser mencionada en la Revista Penal N.º 13 (Enero 2004), por haber sido publicada en la página web del TSJ en febrero de 2004.

6. AMBOS, Kai. *Temas del derecho penal internacional*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001. 213 págs.

7. Coordinador del Equipo Técnico (Asesores) de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional.

8. Entre los Informes, ver el presentado en fecha 06-11-2002, pág. 7, pie de página N.º 26.

9. Gaceta Oficial N.º 5.453 del 24 de marzo de 2000.

10. Dicho Anteproyecto fue publicado en la página web del TSJ en febrero de 2004 y editado en forma de libro.

11. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, ignominia significa "afrenta pública".

12. Sala Constitucional: Sent. 1712 del 12-09-01. Sala de Casación Penal: Sent. del 28-03-00.

13. Ver los Informes de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional, especialmente los de la subcomisión encargada del Estudio del Código Penal y los de la subcomisión del Código Orgánico de Justicia Militar.

