

Informe sobre el seminario “La implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno y otras cuestiones fundamentales de Derecho Penal Internacional”, Sao Pablo 19 y 20 de marzo de 2003

Por Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M. (Friburgo de Brisgovia)

I. Introducción

Los días 19 y 20 marzo de 2004 la Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho para Sudamérica, organizó junto al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) y bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, un seminario destinado a analizar la implementación del Estatuto de Roma en el Derecho interno y otras cuestiones fundamentales de Derecho Penal internacional. En el participaron expertos de 15 países de Latinoamérica, Alemania Federal y España,¹ quienes, en su gran mayoría, ya se habían reunido en un seminario anterior, organizado por el Programa mencionado de la Fundación Konrad Adenauer en Montevideo en febrero del año 2003² y habían contribuido al libro “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”³. En esta ocasión este grupo de trabajo no sólo se dedicó a exponer y debatir los temas que a continuación se reproducen en términos resumidos, sino que de intercambiar información en torno a los avances que ha experimentado el proceso de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en sus diversos países. Junto a ello se procedió a planificar posibles futuras actividades del grupo, a partir de la apreciación de los expertos en torno a aspectos tales como la difusión lograda del trabajo realizado, la necesidad de profundizar el mismo y

¹ Kai Ambos y Christoph Grammer (Alemania), Ezequiel Malarino (Argentina), Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia), Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Tarciso Dal Manso Jardim y Gustavo Enrique Badaró (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora y Rodrigo Aldoney Ramírez (Chile), Alejandro Aponte Cardona (Colombia), Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica), Bolívar Vergara Sosa (Ecuador), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Alicia Gil Gil (España), Fernando Coronado Franco (México), Jorge Domingo Rolón Luna (Paraguay), Dino Carlos Caro Coria (Perú), José Luis González González (Uruguay) y Juan Luis Modolell González (Venezuela).

² Un informe sobre ese seminario se encuentra bajo

www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs/natstraf_montevide_es.pdf.

³ Esta obra (Ambos/Malarino, eds., Montevideo 2003) fue publicada por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y surge del proyecto de investigación *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich* (Persecución nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada) del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional; véase al respecto:

www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html. Existe también una traducción resumida de esta obra al portugués: *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, Ambos/Malarino (eds.), São Pablo 2003, publicada por el IBCCRIM.

las posibilidades de ejercer una influencia en los diversos actores que intervienen en los procesos de implementación del Estatuto de la CPI en los respectivos países.

En la apertura del seminario hizo uso de la palabra el Director del Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Dr. *Jan Woischnik*, quien junto con presentar el marco institucional de la Fundación en el cual se desarrolla esta actividad, agradeció el auspicio de la Universidad Georg-August de Gotinga y, especialmente, la organización del evento al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), destacando la capacidad organizativa del Instituto que permitió una ejemplar coordinación y preparación del seminario. En tal sentido, cabe destacar asimismo que la hospitalidad dispensada a los asistentes y el perfecto desarrollo del seminario no hizo más que confirmar lo expresado. Finalmente el Presidente del IBCCRIM, *Marco Antonio Rodrigues Nahum*, junto con presentar al Instituto, dio la bienvenida a los asistentes.

II. Exposiciones sobre temas generales del Estatuto de la CPI

En la mañana del primer día del seminario se expusieron, bajo la moderación de Dr. *Jan Woischnik*, ponencias generales sobre el Derecho Penal internacional, con especial referencia a la CPI. Inicialmente hizo uso de la palabra *Paul Hernández Balmaceda* (Costa Rica) con una exposición sobre ***la aplicación directa de los tipos penales del Estatuto de la CPI en el Derecho interno***, incluyendo reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Su presentación abordó los fundamentos sobre los que descansa la persecución de ilícitos internacionales mediante el Derecho interno, centrándose en el problema de la aplicación directa de tales ilícitos en este plano, con especial referencia al caso de Costa Rica. En tal sentido *Hernández* hace notar que en su país, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existiría obstáculo para la aplicación directa del Estatuto de Roma, en la medida que los preceptos del Estatuto den cumplimiento al principio de legalidad previsto en el art. 39 de la Constitución Política. La posibilidad de omitir una legislación interna que desarrolle los preceptos de este tratado y su supremacía sobre la legislación ordinaria se derivaría del art. 7 de la Constitución Política. En tal sentido *Hernández* valora positivamente las remisiones expresas a los tratados internacionales de Derechos Humanos de los art. 374, 378 y 379 (éste último con una explícita referencia al Estatuto de la CPI) del Código Penal. A su vez, *Hernández* hace referencia a la jurisprudencia de la Sala Constiucional que establece que el art. 48 de la Constitución Política reconoce una jerarquía superior al texto constitucional de los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa

Rica, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas. Finalmente la misma Sala Constitucional ha sostenido que la CPI no constituye una jurisdicción sustituitiva de la nacional, por lo que es perfectamente compatible con el ordenamiento costarricense la persecución en dos vías que propicia el principio de complementariedad del art. 17 del Estatuto de Roma.

Posteriormente **Christoph Grammer** (Alemania) analizó *el principio de complementariedad del Estatuto de Roma como móvil del Derecho Penal internacional* a partir del proceso de implementación del Estatuto en Latinoamérica. Al respecto, presentó la situación interna de los cinco Estados que no han suscrito el Estatuto (Cuba, Nicaragua, Guatemala, Surinam y El Salvador) y cuyo número considera más bien escaso. Posteriormente se refirió a los seis Estados (Chile, México, Haití, República Dominicana, Jamaica y Guayana) que no lo han ratificado. A estos Estados (especialmente a Chile y México) le asigna escasas posibilidades de una ratificación, en atención a la oposición de determinados grupos parlamentarios. Finalmente, expuso la situación de los restantes Estados que ya han tomado iniciativas tendientes a la implementación del Estatuto y destacó especialmente los avanzados trabajos de reforma legal de Brasil y Argentina. En general, calificó la situación latinoamericana, en cuanto a la recepción del Estatuto de Roma, como muy positiva, señalando que sólo es comparable a la situación ejemplar de Europa, especialmente si se toman en consideración iniciativas de reformas parecidas al Código Penal internacional alemán (VStGB). A partir de estas apreciaciones *Grammer* ve en el principio de complementariedad, consagrado en el Estatuto de Roma, una importante fuerza motriz para el aseguramiento de eventuales persecuciones a nivel nacional de ilícitos internacionales, lo cual correspondería a la idea matriz de este principio.

A continuación **Ezequiel Malarino** (Argentina) presentó algunos aspectos de la problemática de *la interpretación de la ley penal en textos plurilingües en el ejemplo del Estatuto de la CPI*. Al respecto, hizo referencia a algunas divergencias entre las diversas versiones del texto que podrían incidir sobre la punibilidad de ciertas conductas. Posteriormente, hizo presente que según el art. 50 y 128 del Estatuto todos los idiomas oficiales y de trabajo del mismo serían equivalentes por lo que, de conformidad al art. 33 párrafo 1 del tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deberían considerar todos los idiomas en caso de divergencias ya que el Estatuto de Roma no prevé una versión concreta que deba primar sobre las demás. Esto daría lugar a la cuestión relativa al correcto momento de comparación. Por un lado, cabría la posibilidad de considerar todas las versiones en toda aplicación del Estatuto a un caso concreto y, por otro, sólo si una de las partes del proceso

presenta una incongruencia entre las versiones o ésta se haga manifiesta de otro modo. Al respecto, *Malarino* toma posición por la primera alternativa ya que, de lo contrario, existiría el peligro de que una decisión posterior, en algún momento, exponga un error de una decisión anterior y, de esa manera, la deslegitime. Para una situación tal, el Estatuto no habría previsto recursos legales suficientes.

Finalmente, *Elizabeth Santalla Vargas* (Bolivia/Holanda), *Associate Legal Officer* del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY), presentó *las Reglas de procedimiento y pruebas en el Estatuto de la CPI y su comparación con el procedimiento del ICTY*. Junto a la diferencia fundamental de una jurisdicción permanente versus una ad-hoc, señala que existirían diferencias importantes en cuanto a la generación y modificación de las reglas (en el caso del ICTY en gran medida por los jueces, en el caso de la CPI por los Estados miembros). Además habría una diferencia relevante respecto del rol de los actores del proceso. A pesar de poder apreciarse respecto del juez y el acusado un alejamiento del rol pasivo propio del *common law* y haberse producido un relativo acercamiento al modelo de procedimiento contemplado en el Estatuto de la CPI, existiría una diferencia notable respecto del ICTY en cuanto al rol activo de la víctima, incluida la posibilidad de reparación ante la CPI. Finalmente, *Santalla* sostiene que si bien las potestades para modificar las reglas pertenecientes al ICTY concedidas al juez pueden ser criticadas con miras a una infracción al principio de reserva legal, se aseguraría de tal modo una rápida adecuación del derecho procesal a nuevos desafíos prácticos que se van presentando. Otros ejemplos de diferencias relevantes serían la regulación del rechazo de la prueba obtenida en forma ilícita la que en el caso de la CPI también abarcaría fuentes de Derecho consuetudinario mediante la inclusión del parámetro de los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente y la regulación del *plea bargaining* proveniente del *common law*, que es reconocido en el procedimiento ante la ICTY, pero no sería vinculante para los jueces de la CPI.

III. Debate

En lo que respecta a la exposición de *Grammer*, la mayoría de los participantes latinoamericanos discreparon de su evaluación positiva, coincidiendo todos ellos en la usual inconsistencia de estos Estados en lo que respecta a la suscripción de tratados de Derechos Humanos y con contenido penal internacional. Los Estados latinoamericanos nunca habrían tenido reparos en suscribir todos los tratados en la materia, pero generalmente presentarían enormes déficit en su implementación y aplicación. Esto no sería una excepción en el caso del

Estatuto de la CPI el que si bien había sido suscrito por la gran mayoría de los Estados se encontraba también en la mayoría de ellos pendiente de implementación.

Grammer hace ver que su valoración se refiere a un plano normativo y específicamente a la posibilidad de considerar al Estatuto de la CPI como fuerza motriz del Derecho Penal internacional. En la medida en que el Estatuto recibiera numerosas ratificaciones se estaría cumpliendo el propósito normativo del principio de subsidiaridad, vale decir, de un marco normativo que permita fortalecer la persecución de ilícitos penales internacionales, en primer lugar, a escala nacional. En tal sentido *Grammer* reitera que la velocidad con la que la comunidad latinoamericana ha ingresado al sistema de la CPI, exceptuando la situación europea, no tiene parangón en la historia de la comunidad internacional. Además, reitera que la circunstancia de que la mayoría de los países tengan proyectos pre-legislativos o legislativos en marcha también es un ejemplo, en el sentido positivo por el expresado, y debiera augurar un buen futuro. Un mayor escepticismo manifiesta *Grammer* en torno al eventual resultado que pueda tener la presión ejercida por los Estados Unidos de América para la suscripción de tratados bilaterales de no entrega a la CPI sobre las decisiones que adopten los países latinoamericanos.

IV. Exposiciones sobre cuestiones de implementación del Estatuto de Roma en los derechos nacionales

El segundo bloque del primer día, dirigido por el profesor Dr. *Kai Ambos* (Alemania), estuvo centrado en la recepción interna del Estatuto de Roma. *Fernando Coronado Franco* (México) se refirió a *las razones políticas internas para la no ratificación del Estatuto de la CPI en México*. A estas razones *Coronado* le asigna una importancia superior que a las meramente jurídicas que han sido esgrimidas. Esto se explicaría en parte por el fenómeno antiguo, pero aún actual, de la detención sin control judicial, lo que conllevaría que casos de verdaderas violaciones de Derechos Humanos ocurridos en esas actuaciones policiales, tales como detenciones ilegales o torturas, quedarán sin posibilidad de sanción. Por otra parte, este rechazo político podría explicarse por un pasado caracterizado, especialmente en las décadas del 70 y 80 del siglo pasado, por violaciones de Derechos Humanos, perpetradas por militares, que aún permanecen sin esclarecer judicialmente. Aunque México no haya sufrido un colapso total del Estado de Derecho, como ocurrió en otros Estados latinoamericanos, se apreciaría una enorme influencia encubierta de las fuerzas institucionales en la discusión parlamentaria, lo que impediría avanzar en el afán de ratificación del Estatuto de la CPI.

Posteriormente, el profesor Dr. *Alejandro Aponte* (Colombia) presentó la *nueva ley de alternatividad penal colombiana*⁴ y *otras cuestiones relativas a la implementación del Estatuto de la CPI*. Su finalidad oficial radicaría en la desmovilización de los grupos armados existentes en Colombia, la guerrilla y los paramilitares, mediante la imposición de sanciones alternativas (como por ejemplo la limitación de la libertad de movimiento a un territorio determinado) en vez de medidas privativas de libertad drásticas. *Aponte* además hizo ver las fricciones con el Estatuto de Roma que este proyecto podía llegar a ocasionar, especialmente con el principio de subsidiariedad (art. 17 del Estatuto de la CPI).

A continuación la profesora Dra. *Alicia Gil Gil* (España) presentó un análisis crítico de *los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la CPI en España*. Éstos se refieren a una reforma al Código Penal⁵ y al establecimiento de la ley de cooperación con la CPI⁶. Respecto de la primera iniciativa legal la principal crítica apunta a la regulación de los crímenes de guerra ya que, por un lado, contemplaría penas inferiores a los crímenes contra la humanidad, lo que no estaría acorde con la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc de la ONU y, por otro lado, la técnica de ley penal en blanco aplicada en estos tipos mermaría tanto la seguridad jurídica como el efecto motivador de la amenaza penal que la misma supone. Además *Gil Gil* se refiere críticamente a la omisión de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a fin de incluir los crímenes contra la humanidad bajo el principio de justicia universal, como lo estaría exigiendo la doctrina. A su vez, la segunda iniciativa legal de cooperación con la CPI también limitaría excesivamente el principio de justicia universal, más allá de lo que ya se hacía *contra legem* mediante la jurisprudencia del tribunal supremo en el caso Guatemala⁷ ya que, en combinación con esa jurisprudencia, ni siquiera serían perseguibles hechos acaecidos en el extranjero cuando se tratase de víctimas españolas, de cumplirse los supuestos del art. 7.2. de la citada ley, que hace referencia a hechos extraterritoriales que caerían bajo la competencia de la CPI.⁸ Esto, según *Gil Gil*, sólo sería explicable por el temor de verse enfrentado a nuevos “casos Pinochet”. Sin embargo, un cuadro jurídico resultante implicaría desatender la obligación nacional de persecución penal que emanaría del principio de complementariedad. En otro orden de cosas, el gobierno se habría reservado una potestad exclusiva para la activación de la competencia de la CPI lo que

⁴ Se trata del proyecto de Ley Estatutaria N° 85 de 2003-Senado.

⁵ Ley Orgánica 15/2003 del 25 de noviembre de 2003.

⁶ Ley Orgánica 18/2003 del 10 de diciembre de 2003.

⁷ Sentencia N° 327/2003 del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Miguel Colmenero de Luarca, que se puede consultar bajo <www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>. En este fallo ya se limita el citado principio al exigirse como conexión legitimadora la existencia de un interés nacional comprometido.

⁸ Véase en tal sentido el art. 7.2. de la Ley de Cooperación, que describe las circunstancias bajo las cuales se relega el conocimiento de hechos acaecidos en el extranjero a la competencia de la CPI.

contravendría las reglas generales del proceso penal español, en especial el principio de legalidad.

V. Debate

En cuanto a la exposición de *Gil Gil* surgen diversas aprehensiones respecto de la limitación del principio de justicia universal en la implementación española del Estatuto de la CPI. Así, incluso *Hernández* se pregunta si no será más atinado calificar la ley comentada como de “no cooperación con el sistema de la CPI”, surgiéndole dudas en cuanto a posibles antinomias. A su vez, *Ambos* hace referencia a la legislación alemana en la materia que como reacción a una jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo alemán (BGH) respecto del principio de justicia universal⁹ estableció, en el recientemente introducido Código Penal internacional (VStGB)¹⁰, un amplio reconocimiento del principio en cuestión. Éste sólo se ve matizado mediante normas procesal-penales, como ya las conocía la legislación alemana, referidas a la aplicación del principio de oportunidad en los §§ 153 y siguientes de la Ley Procesal Penal alemana (StPO). Esto le parece coherente, ya que un genuino principio de justicia universal no permitiría limitación alguna.

Gil Gil explica que, a partir del cuadro descrito, el principio de justicia universal sólo quedaría reducido a casos que no son de competencia de la CPI, por ejemplo, casos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto o hechos ocurridos en territorio de países que no han suscrito el Estatuto y cometidos por nacionales de tales países y que, a su vez, no hayan prestado su consentimiento para la persecución por la CPI. Finalmente, sostiene que sería difícil ver en el establecimiento de estas normas un incumplimiento concreto del Estatuto de la CPI toda vez que no existiría un deber de perseguir delitos internacionales bajo el principio de justicia universal, salvo en los supuestos de las Convenciones de Ginebra.

En cuanto al modelo de solución del conflicto armado interno que representa el proyecto de alternatividad penal colombiano, la mayoría de los asistentes manifiestan su temor de que tales esfuerzos de pacificación y reconciliación del Estado colombiano puedan no satisfacer las exigencias del Derecho Penal internacional materializados en el Estatuto de la CPI, por lo que se podría producir la activación de la competencia de la CPI. En concreto, el propio *Aponte* señala que, en tal sentido, podría invocarse el art. 17 párrafo 3 del Estatuto

⁹ Véase por ejemplo BGHSt n°45, p. 64 y ss., publicado también en JZ (“Juristenzeitung”) 1999, p. 1176.

¹⁰ Véase § 1 VStGB. A su vez *Ambos* hace referencia a la traducción del VStGB y las reformas procesal-penales realizada por la propia profesora Dra. *Gil Gil* por encargo del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional y que puede consultarse bajo <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

de Roma, en caso de incapacidad del Estado colombiano para, por ejemplo, hacer comparecer a un acusado o, asimismo, el art. 20 del Estatuto de Roma que establece excepciones a la cosa juzgada, respecto de casos que se resuelvan aplicando la alternatividad penal propuesta. Finalmente, *Aponte* señala que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia ha manifestado que el proyecto de alternatividad no respetaría la existencia de la CPI y sería incompatible con las obligaciones que emanan del Estatuto de Roma. Asimismo, *Santalla* recalca el efecto nocivo para el principio de complementariedad que implica el hecho de que los Estados no logren superar situaciones de crisis internas, por cuanto se podría producir una excesiva concentración de casos en la CPI, lo que contravendría el espíritu de su Estatuto.

VI. Mesa redonda: exposición sucinta por los relatores de las novedades de la implementación del Estatuto de Roma en sus respectivos países

A continuación se procedió a oír la evolución de la implementación del Estatuto de la CPI en los diferentes países latinoamericanos que contaban con un representante en la reunión. Tanto el representante de Ecuador, el juez de la Corte Suprema *Bolívar Vergara Sosa*, así como el de Paraguay, *Jorge Domingo Rolón Luna*, presentaron una exposición amplia sobre la situación de sus países ya que estos Estados no habían sido incluidos en la publicación *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, con lo que se logró cerrar ese vacío. En esta mesa redonda pudo apreciarse que, a pesar de múltiples iniciativas legales, no es de esperar que en un tiempo cercano se produzcan nuevas ratificaciones ni se aprueben nuevas normativas implementadoras del Estatuto de la CPI. Sin embargo, es posible matizar esta evaluación general, en el sentido que esta inercia responde a diversas causas, tales como el desinterés público (académico y político),¹¹ aprehensiones constitucionales¹² u otras de este tipo que más bien ocultan, en mayor o menor medida, razones políticas¹³. A su vez pueden matizarse también las diversas iniciativas que se están impulsando, las que abarcan desde la ausencia de proyectos de reforma concretos¹⁴,

¹¹ Así, por ejemplo, según informa *Ezequiel Malarino*, en Argentina el interesante proyecto de la Comisión Interministerial para la introducción de un cuerpo legislativo independiente y de amplia recepción del Estatuto de la CPI, no tenía, al momento del seminario, estado parlamentario. Asimismo el proyecto de un nuevo Código Penal de Costa Rica, que según *Paul Hernández*, no se encuentra entre las prioridades legislativas.

¹² Así por ejemplo el caso de Brasil, según lo expone *Gustavo Enrique Badaró*.

¹³ Así, por ejemplo, el caso de Chile, lo que según la opinión del profesor Dr. *José Luis Guzmán Dalbora*, no se limita a un determinado sector político, el de México, según señala *Fernando Coronado Franco*, y el caso de El Salvador donde según, *Jaime Martínez*, se sustentan tales argumentos para no suscribir el Estatuto de Roma.

¹⁴ Así el caso de Bolivia.

pasando por proyectos de reforma constitucional¹⁵, proyectos de leyes autónomas¹⁶, hasta amplias reformas de los Códigos Penales y/o Procesales Penales¹⁷. A este panorama, no demasiado alentador, se opone el rechazo por parte de diversos países de la región, a la suscripción de los tratados bilaterales de no entrega, impulsados por los Estados Unidos de América, lo que, en opinión de diversos asistentes, podría variar si la presión política arrecia

VII. Exposiciones sobre temas de parte general y especial de Derecho Penal Internacional

La mañana del segundo día del congreso fue moderado por la profesora Dra. *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* (IBCCRIM-Brasil) y se centró en el Derecho Penal internacional material. El profesor Dr. *Kai Ambos* (Alemania) disertó acerca de las *proposiciones metodológicas para la construcción de una Parte General del Derecho Penal internacional* elaboradas en su trabajo de habilitación.¹⁸ Inicialmente abordó problemas prácticos que se suscitan en el análisis comparado de los ordenamientos jurídicos, destacando la de la limitación idiomática del comparador, lo que llevaría normalmente a un análisis sesgado y reducido al *civil y common law*, quedando excluido, por ejemplo, el sistema jurídico propio de los países árabes u orientales, vale decir, una gran parte de las culturas mundiales.

Luego hizo referencia a los métodos de comparación entre los cuales da preferencia a un método que denomina *funcional*, en el sentido de una aproximación empírica a los problemas, que pregunta por los roles y las funciones de los institutos jurídicos existentes, permitiendo una comparación libre de una carga dogmática y conceptual previa, con los institutos jurídicos funcionalmente correspondientes de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Este método sería preferible a uno *tradicional normativo-descriptivo*, defendido especialmente por *Jescheck* que, partiendo de la posición dogmática propia, no sería capaz de liberarse del punto de partida. El método por él propiciado debería, en todo caso, ser complementado por una comparación valorativa, como ha sido acuñada en el derecho comunitario europeo, a fin de no caer en soluciones meramente funcionales y libres de toda decisión valorativa. En tal sentido, la comparación a nivel del Derecho internacional debiera tender a la maximización de la protección de los Derechos Humanos.

¹⁵ Así el caso de Chile y Brasil para poder proceder a la ratificación del Estatuto de Roma y el caso del Perú.

¹⁶ Así, el caso de Argentina.

¹⁷ Así el caso de Costa Rica y Perú.

¹⁸ Véase *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, 2ª ed. 2004, especialmente pp. 40 y ss., 54 y ss.

A continuación, *Ambos* presentó sus planteamientos acerca de una teoría del delito penal internacional. Respecto de la construcción de ésta, *Ambos* hace ver la escasa influencia que ha ejercido la ciencia penal alemana debido a su alto nivel de abstracción y su sobredogmatización. En definitiva *Ambos* aboga, desde una perspectiva del Derecho comparado y de la teoría penal, por una teoría del delito *funcional-de Derecho comparado* que tiene en común, con una teoría del delito funcional de orientación moderada (*Roxin*), la fundamentación básica de orden políticocriminal, de modo de ser permeable y flexible respecto de nuevos desarrollos. Esta teoría sería preferible tanto al funcionalismo radical, como el propuesto por *Jakobs*, que mediante una normativización extrema se aleja de los datos empíricos y no ofrece la necesaria orientación básica hacia la protección de los Derechos Humanos, como asimismo al pensamiento penal ontológico basado en el finalismo, que no presenta la necesaria flexibilidad y apertura frente a los problemas concretos. Si bien éste pensamiento tiene una pretensión de validez universal, por un lado no existiría a nivel internacional consenso sobre cuáles serían estas estructuras lógico-objetivas invariables y, por otro, nunca habría tenido alguna gravitación en el debate internacional, como queda reflejado en las supuestas estructuras lógico-objetivas de la autoría y participación sustentadas por la teoría finalista alemana mediante una estructuración dualista de estos institutos y que no se acoge en el plano internacional.

Finalmente *Ambos* explicó que la investigación por él realizada llevaba a la conclusión que el Derecho Penal internacional seguiría una configuración del ilícito penal bipartito, que diferencia entre la responsabilidad penal personal (*responsability*) y las causas de exclusión penal (*defences*) y, por ende, no sigue la estructura de origen alemán basado en el injusto y la culpabilidad.

Seguidamente, el profesor Dr. *Juan Luis Modolell* (Venezuela) expuso sobre la ***regulación de la imputación subjetiva y personal en el Estatuto de la CPI***. En su análisis del art. 30 del Estatuto de Roma defendió la posición según la cual los términos “intención” del párrafo 1 e “intencionalmente” del párrafo 2 tendrían dos significados distintos,¹⁹ designando el primero el elemento volitivo del dolo y el segundo el dolo, como la faz subjetiva del tipo, en sentido general. El término único en la versión inglesa “intent” sería, por ende, ambiguo. Por otra parte, el art. 30 párrafo 2 b) del Estatuto permitiría que, en cuanto a las consecuencias, exista dolo con la sola concurrencia del elemento intelectual ya que la disposición exigiría que respecto de las consecuencias la persona en cuestión sólo presente

¹⁹ En la versión en inglés se designan, en cambio, en ambas ocasiones con el término “intent”, lo que ocasiona dificultades interpretativas. En la versión alemana, por ejemplo, se vuelve a diferenciar entre “vorsätzlich” y “Vorsatz”, respectivamente.

alternativamente ya sea el *querer* o la *conciencia* (en sentido de conocimiento). Este conocimiento podría interpretarse normativamente en el sentido de un conocimiento *ex ante*, esperable según la experiencia de un hombre medio, ya que el párrafo 3 de la disposición se refiere al “curso normal de los acontecimientos” (“ordinary course of events”). Ello permitiría incluir, sin problemas, tanto el dolo directo de segundo grado como también el dolo eventual.

El profesor Dr. *Dino Carlos Caro Coria* (Perú) disertó acerca de *la participación mediante aparatos organizados de poder* con referencia a los casos peruanos de “La Cancuta” y “Barrios Altos”. Respecto de estos casos, que representan la base de las solicitudes de extradición del ex-presidente Fujimori, *Caro* sostiene la posibilidad de aplicar la figura de la autoría mediata en aparatos de poder organizados, la que se podría entender como incluida en la regulación de la autoría y participación en el Código Penal peruano, lo que haría cuestionable el silencio que mantuvo en torno a esta posibilidad la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú. Sin perjuicio de lo anterior, *Caro* aprecia ciertas debilidades de tipo fáctico en la teoría en cuestión, toda vez que no existiría una fungibilidad concreta del ejecutor, como si lo exige la teoría elaborada por Roxin.

VIII. Debate

En cuanto a la exposición de *Ambos* se hizo presente, por parte de *Gil Gil*, la necesidad de considerar los fundamentos de los diversos institutos que adquieren relevancia en el Derecho Penal internacional, de modo que metodológicamente el análisis sobre ellos no debería quedar relegado a una fase posterior. En tal sentido, el análisis de la jurisprudencia no podría ser anterior, ya que necesariamente debería conllevar las valoraciones fundamentales. A su vez, tanto *Gil Gil* como *Modolell* ejercen una crítica sobre el sistema bipartito que predominaría en el análisis dogmático y la jurisprudencia internacional, toda vez que no presenta la riqueza diferenciadora de aquella de raigambre germánica la que, según este último, sería capaz de dar soluciones más ajustadas en los casos concretos.

A su vez, *Aponte* destaca, respecto de la discusión acerca de la primacía de un sistema dogmático sobre otro, la importancia del rol del juez en el sistema penal internacional y manifiesta sus dudas respecto de una crítica *a priori* en cuanto a la aplicación de soluciones asistémicas a casos concretos. Éstas no serían necesariamente incoherentes o erróneas, más bien existiría la posibilidad de que el juez busque precisamente puntos de intersección entre los distintos sistemas dogmáticos.

A continuación, *Malarino* se refiere críticamente a la fuerza que pudiera tener la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad-hoc, por cuanto cabría apreciar un cierto abuso del Derecho comparado. Él más bien aprecia una tendencia a utilizar una determinada interpretación, propia de un país, en forma relativamente aislada, a fin de justificar una decisión. Incluso señala que se habrían presentado situaciones más extremas en que fallos imputaban cierta afirmación a la doctrina francesa que no correspondían a la fuente citada. *Santalla* concuerda con *Malarino* respecto de las falencias que han presentado los tribunales penales internacionales ad-hoc y señala que esto incluso ha sido motivo de críticas internas en los mismos.

Caro se suma a las críticas a la primacía fáctica del sistema bipartito descrito por *Ambos* y cree, además, que se debe tener una claridad sobre los principios políticocriminales antes de discutir sobre la conveniencia de un sistema de corte ontológico o funcional en la Parte General del Derecho Penal internacional.

En un análisis crítico de lo que denomina una sobredogmatización de la doctrina alemana y de una cierta ignorancia de construcciones dogmáticas extranjeras por parte de la misma, *Ambos* se refiere a la imposibilidad de iniciar la discusión penal internacional, desde una perspectiva *postwelzeliana*, si en el ámbito internacional, por ejemplo, se parte de la base de una faz interna y otra externa (*mens rea* y *actus reus*) donde un análisis, con el grado de diferenciación que ofrece la dogmática alemana, resulta muy inadecuado. Por eso, él optaría por un método empírico que consistiría en preguntarse qué es el Derecho Penal internacional y reconocer, en primera instancia, que se trata de un sistema que involucra varios sistemas de Derechos, de jurisprudencia y de fuentes de codificación. Si se analiza ese conjunto de elementos se llegaría necesariamente a un sistema bipartito. Contestando a *Caro* y *Gil Gil* señala que eso no implica que al sentar las bases de su trabajo de elaboración de una Parte General del Derecho Penal, defienda ese sistema. Al respecto, hace notar que en la tercera parte de su trabajo de habilitación realiza un análisis de los fundamentos en que se basa la distinción entre causales de justificación y de exculpación como ejemplo de una, a su entender, correcta fundamentación proveniente de la dogmática alemana. Esto, sin perjuicio de tener que reconocer que no corresponde ni a la realidad de las legislaciones anglo-americanas ni al Derecho Penal internacional, especialmente del Estatuto de la CPI, que no reconoce explícitamente esta distinción. Se trataría, por ende, de un intento de presentar una descripción y no una justificación. Por otra parte, hace notar los contrasentidos en que desemboca la discusión cuando se confunden esos planos, lo que quedaría reflejado, por ejemplo, en la crítica que ha recibido su trabajo de habilitación en una reseña del *Journal*

*of international criminal justice*²⁰, en el sentido de querer dogmatizar el Derecho Penal internacional desde el punto de vista de la dogmática alemana.

En lo que respecta a la jurisprudencia, *Ambos* dice compartir la crítica formulada en cuanto a una visión reductivista y unilateral del material doctrinario. Así, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha realizado un análisis de Derecho comparado citando un único manual de Derecho francés, que supuestamente daría cuenta del Derecho continental europeo. A su vez, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia habría citado una sola vez un trabajo alemán de Roxin (“Autoría y dominio del hecho”) que constituye una obra fundamental de la ciencia penal alemana.

Respecto de la exposición de *Modolell*, *Gil Gil* no cree que el art. 30 del Estatuto de la CPI parta de un concepto normativo del dolo, sino que también le da relevancia a elementos psicológicos del autor, de lo cual se derivaría perfectamente, en concordancia con *Modolell*, la inclusión del dolo eventual en el precepto. *Gil Gil* también hace referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia que en la sentencia Srebrenica señaló que, en el caso del genocidio, no cabe un dolo eventual reconociendo, eso sí, que la doctrina más moderna acepta esta forma de dolo, señalando empero no tener certeza que se trate de un derecho consuetudinario por lo que se exigirá una intención directa. Pero esa declaración solemne, según *Gil Gil*, luego en el caso concreto se desconocería al sostenerse que para el partícipe no hace falta intención directa sino que solamente conocimiento de que participa en un plan, por lo que, al respecto, termina no exigiéndose la intención, con lo cual efectivamente se acaba castigando una situación de dolo eventual.

Modolell también cree que las posiciones cognitivas del dolo son peligrosas, pero cree que terminarán imponiéndose por cuestiones probatorias, como ya lo habría argumentado, por ejemplo, *Ragués i Vallès* en España²¹. Sostener, en definitiva, que el dolo se definiría normativamente por la relevancia o significación social del actuar, vale decir, una noción objetiva del dolo, lo transformaría en un problema de imputación objetiva. Se trataría de una argumentación muy seductora ya que en la práctica no sería necesario probar si el sujeto quiso o no, sino si, dadas determinadas condiciones en relación con su conducta, debió saber algo o no. Lo que *Modolell* considera una pregunta válida respecto de las posiciones que propician tal concepto del dolo es por qué el dolo prototípico ha de ser el dolo eventual, a partir del cual se construiría el dolo general, a pesar de ser aquel en realidad excepcional. Eso, desde el punto de vista políticocriminal, sería inconveniente.

²⁰ Véase *Journal of international criminal justice*, Volume 1, Issue 3, diciembre de 2003, pp. 737-745.

²¹ Véase, *Ragués i Vallès, Ramón*, El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, Ed. Bosch, 1999.

Respecto de la exposición de *Caro*, se plantea por parte de *Modolell*, que la construcción del dominio del hecho por medio de aparatos de poder falla por confundir el dominio funcional de la organización con el dominio del hecho del ejecutor material. Este último, como sujeto concreto, no sería dominado por el hombre de atrás, por lo que su obra concreta tampoco lo sería. De tal modo la primera clase de dominio no incidiría sobre la segunda.

Aponte hace presente que muchas veces la aplicación jurisprudencial relaja los requerimientos de la figura del dominio por organización, como habría ocurrido en Colombia donde, en definitiva, los tribunales han condenado, sin mayor fundamentación, a los comandantes guerrilleros por el solo hecho de actuar en un territorio determinado y ejercer funciones de comando.

Ambos, a pesar de reconocer fuerza al argumento de Herzberg en el sentido que una fungibilidad concreta no estaría dada en los disparos del muro, de modo que el ejecutor al desobedecer puede hacer fracasar el hecho, señala que, a diferencia de lo sostenido por *Caro*, él entiende que la problemática de la autoría mediata en los aparatos de poder organizados es más bien de índole normativa, en el sentido de la valoración que se quiere hacer de la aportación al hecho de ciertos jefes en determinadas organizaciones, los cuales no pueden ser considerados meros inductores, coautores, ni autores mediatos en el sentido tradicional. De este modo no cree que el problema pueda reducirse a uno de carácter fáctico.

Caro responde inicialmente a la aprehensión de *Modolell* con el argumento de Roxin de que lo que prueba la circunstancia que el ejecutor puede hacer fracasar el hecho es que esta forma de autoría, al igual que la autoría mediata por error o coacción, también admite el grado de tentativa.

En cuanto a la experiencia de Colombia, *Caro* hace referencia a la experiencia peruana, parecida en este sentido, ya que a Abimael Guzmán se le condenó simplemente por ser cabecilla de una asociación criminal. Pero esto apuntaría a un problema diverso que se refiere a la realidad legislativa actual, que cubre amplios espacios de criminalización sin diferenciar autores y partícipes. En tal sentido, se relativizaría la discusión doctrinaria ya que generalmente encontrarían aplicación tales anticipaciones punitivas.

Finalmente, *Caro* replica a *Ambos* señalando que no ha pretendido defender una diferenciación meramente fáctica entre autoría, coautoría e inducción, ya que estaría claro que el problema no se reduce a este plano; sin embargo, le parece válida la crítica de orden fáctico hecha valer por Herzberg, entre otros, que sí incidiría en la valoración que se haga de la situación.

A continuación **Tarciso Dal Manso** (Brasil) presentó una exposición sobre **la obediencia debida**, desde la perspectiva del Derecho Internacional. Luego de exponer el nacimiento de la teoría clásica a partir de la evolución histórica del Derecho internacional, que negaría una causal de exclusión de responsabilidad penal independiente, **Dal Manso** criticó la reglamentación del art. 33 del Estatuto de Roma, por considerarla confusa. Ésta no sería coherente con la evolución del Derecho internacional consuetudinario del siglo XX. Especialmente, la regla del párrafo 2° sería problemática ya que en situaciones concretas no sería fácil distinguir entre un crimen contra la humanidad o de guerra y, por lo tanto, no sería comprensible por qué órdenes para cometer estos últimos no pudieran ser igualmente entendidas como *manifiestamente ilícitas*. En este aspecto la redacción del Estatuto de Roma sólo podría entenderse bajo la consideración de las negociaciones que se habrían llevado a cabo mediante „paquetes normativos“ y no disposiciones individuales analizadas a partir de su coherencia interna.

Jaime Martínez (El Salvador) expuso sobre **la ley de amnistía general y falta de adhesión al Estatuto de la CPI en El Salvador**. Inicialmente **Martínez** se refiere al desarrollo histórico y el alcance de la ley de amnistía vigente en El Salvador. Luego destaca la desnaturalización de este instituto en el sistema jurídico de ese país, por cuanto apuntaría primariamente a bienes jurídicos del individuo y no a los pertenecientes al Estado, o sea, no se referiría a delitos con motivación política. **Martínez** agrega que serían criticables los argumentos esgrimidos para no suscribir el Estatuto de Roma basados en supuestas consideraciones constitucionales. Detrás de esta argumentación aprecia más bien temores del gobierno en cuanto a un eventual levantamiento de la impunidad que implica la autoamnistía vigente. En cuanto a la suscripción del acuerdo bilateral de no extradición suscrito con los Estados Unidos de América ve una manifestación del escaso peso internacional de su país y manifiesta su escepticismo respecto de la estimación del gobierno de que el acuerdo perdería vigor con la ratificación del Estatuto de Roma.

En la tarde del mismo día y bajo la moderación de Dr. **Jan Woischnik**, el profesor Dr. **José Luis Guzmán Dalbora** (Chile) intervino con una análisis de **la imprescriptibilidad de crímenes internacionales con especial referencia al caso chileno**. Al respecto no rechaza la prescriptibilidad sin excepciones del ilícito y la pena contemplada en el ordenamiento legal chileno, a pesar de contrariar en lo referente a los crímenes internacionales la regulación internacional. Al contrario, **Guzmán** se manifiesta proclive a mantener la prescriptibilidad también en los casos de crímenes internacionales basado en consideraciones en torno al Estado de Derecho y el fundamento humanitario de este instituto. Esta posición se justificaría

especialmente por la existencia de otros mecanismos para evitar la impunidad, como son la suspensión y la interrupción de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, aprecia una excepción en el art. 250 del nuevo Código Procesal Penal chileno a la regla general referida, según la cual excepcionalmente no se podrá sobreseer definitivamente una causa cuando el delito no prescriba, en razón de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. Si bien *Guzmán* aprecia dificultades para armonizar esta disposición con las reglas generales del ordenamiento jurídico chileno, estima que no tendrá consecuencia práctica toda vez que, a excepción de ciertos supuestos de crímenes de guerra, los ilícitos internacionales respectivos no han sido tipificados en el Derecho interno y muy probablemente no lo serían en un tiempo esperable. En cuanto a los argumentos dogmáticos expuestos por la doctrina chilena para fundamentar la prescripción del delito y la pena, *Guzmán* desestima aquellos argumentos basados en características personales del hechor, por su carácter especulativo, y privilegia en cambio aquella fundada en razones sociales, basadas en el desinterés de las generaciones futuras y la necesidad del otorgamiento de una seguridad jurídica como fundamento de una convivencia pacífica.

Finalmente, el profesor Dr. *José Luis González* (Uruguay) expuso sobre *los crímenes contra la humanidad* abordando, en primer lugar, aspectos conceptuales del tema, luego la revisión histórica de su nacimiento y evolución, concluyendo con la descripción de sus principales características y manifestaciones en la actualidad, con una exposición de los casos más relevantes de crímenes contra la humanidad.

X. Debate

Martínez plantea su preocupación por el planteamiento de *Guzmán*, por cuanto a la humanidad le habría costado mucho llegar a declarar determinados crímenes como imprescriptibles. Sabiendo que se siguen cometiendo, en gran medida actualmente, estos ilícitos, no le parece que una de las pocas instituciones que pueden contribuir a que no exista impunidad desaparezca.

Al contrario *Malarino* se inclina decididamente por los planteamientos esbozados por *Guzmán*, toda vez que no cree que se puedan afirmar Derechos Humanos violando Derechos Humanos. Sostiene que precisamente un Estado se prueba a sí mismo en situaciones límites. En cuanto a las formas de solución de la encrucijada planteada por *Martínez* plantea la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción hasta que se esté en condiciones de proceder a la persecución de los crímenes internacionales.

Al respecto, *Ambos* hace presente la situación de la jurisprudencia alemana que estimó que existía un obstáculo fáctico para la persecución de los ilícitos, lo que inhibía el transcurso de los plazos legales de prescripción entre los años 1949 y 1989.

XI. Conclusiones y Perspectivas

El seminario permitió observar que, si bien la mayoría de los Estados latinoamericanos han hecho una importante contribución a la legitimación internacional del Estatuto de la CPI mediante sus suscripción y, en la mayoría de los casos, su ratificación, siguen presentando grandes déficit de implementación, especialmente si se compara con la experiencia de países tales como Alemania y España. Debido a una discusión pública y especialmente legislativa todavía insuficiente, tampoco se debiese esperar grandes avances en un tiempo próximo. A esta situación no sólo contribuye un pasado (y en algunos casos un presente) marcado por situaciones reñidas con el respeto a los Derechos Humanos, sino que también un débil tratamiento dogmático de la materia, permitiendo parcialmente argumentaciones escasamente jurídicas e influenciadas por consideraciones políticas de corto alcance. En este sentido el seminario representa una interesante e importante aportación para lograr un avance en los aspectos referidos, ya que junto con permitir a este grupo de expertos el intercambio de ideas y experiencias, permite evaluar el impacto de sus trabajos, planificar nuevas actividades y publicaciones y, en definitiva, fortalecer una cultura dogmática favorable a temas del Derecho Penal internacional en los países de Latinoamérica y abrir a expertos de esta región un espacio para la divulgación de sus contribuciones científico al debate internacional.