

Rodrigo Aldoney Ramírez

Informe del seminario de San Pablo “La implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional”

San Pablo, 19 y 20 de marzo de 2003

1. Introducción

Los días 19 y 20 marzo de 2004 la Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho para Sudamérica, organizó junto al Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) y bajo el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, un seminario destinado a analizar la implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional. En él participaron expertos de 15 países de Latinoamérica, Alemania Federal y España,¹ quienes, en su gran mayoría, ya se habían reunido en un seminario anterior en Montevideo, en febrero del año 2003,² organizado por el programa mencionado de la Fundación Konrad Adenauer, y habían contribuido al libro *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*.³ En esta ocasión, el grupo de trabajo no solo se dedicó a

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

² Un informe sobre ese seminario se encuentra disponible en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs/natstraf_montevid_es.pdf>.

³ Esta obra, Ambos y Malarino (eds.), Montevideo, 2003, fue publicada por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y surge del

exponer y debatir los temas que a continuación se reproducen en términos resumidos, sino también a intercambiar información en torno a los avances que ha experimentado el proceso de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en sus países. Junto a ello se procedió a planificar posibles futuras actividades del grupo, a partir de la apreciación de los expertos en torno a aspectos tales como la difusión lograda, la necesidad de profundizar el trabajo realizado y las posibilidades de ejercer una influencia en los diversos actores que intervienen en los procesos de implementación del Estatuto de la CPI en los respectivos países.

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

2. Exposiciones sobre temas generales del Estatuto de la CPI

En la mañana del primer día del seminario se expusieron, bajo la moderación de Dr. Jan Woischnik, ponencias generales sobre el derecho penal internacional, con especial referencia a la CPI. Inicialmente Paul Hernández Balmaceda (Costa Rica) expuso sobre *la aplicación directa de los tipos penales del Estatuto de la CPI en el derecho interno*, e incluyó reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Su presentación abordó los fundamentos sobre los que descansa la persecución de ilícitos internacionales mediante el derecho interno y se centró en el problema de la aplicación directa de tales ilícitos en este plano, con especial referencia al caso de Costa Rica. En tal sentido, Hernández hizo notar que en su país, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existiría obstáculo para la aplicación directa del Estatuto de Roma, en la medida que los preceptos del Estatuto dieran cumplimiento al principio de legalidad previsto en el artículo 39 de la Constitución

proyecto de investigación “Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich” (Persecución nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada) del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional; véase al respecto: www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html. Existe también una traducción resumida de esta obra al portugués: Ambos y Malarino (eds.), *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*, IBCCRIM, San Pablo, 2003.

Política. La posibilidad de omitir una legislación interna que desarrolle los preceptos de este tratado y su supremacía sobre la legislación ordinaria se derivaría del artículo 7 de la Constitución Política. Hernández valoró positivamente las remisiones expresas a los tratados internacionales de derechos humanos, de los artículos 374, 378 y 379 (este último con una explícita referencia al Estatuto de la CPI) del Código Penal. A su vez, hizo referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional que establece que el artículo 48 de la Constitución política reconoce una jerarquía superior al texto constitucional de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas. Finalmente, la misma Sala Constitucional ha sostenido que la CPI no constituye una jurisdicción sustitutiva de la nacional, por lo que es perfectamente compatible con el ordenamiento costarricense la persecución en dos vías que propicia el principio de complementariedad del artículo 17 del Estatuto de Roma.

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

A continuación, Ezequiel Malarino (Argentina) presentó algunos aspectos de la problemática de *la interpretación de la ley penal en textos plurilingües en el ejemplo del Estatuto de la CPI*. Al respecto, hizo referencia a algunas divergencias entre las diversas versiones del texto que podrían incidir sobre la punibilidad de ciertas conductas. Posteriormente hizo presente que, según los artículos 50 y 128 del Estatuto, todos los idiomas oficiales y de trabajo del Estatuto serían equivalentes por lo que, de conformidad con el artículo 33 párrafo 1 del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deberían considerar todos los idiomas en caso de divergencias ya que el Estatuto de Roma no prevé una versión concreta que deba primar sobre las demás.

Esto daría lugar a la cuestión relativa al correcto momento de comparación. Por un lado, cabría la posibilidad de considerar todas las versiones en toda aplicación del Estatuto a un caso concreto y, por otro, solo si una de las partes del proceso presentara una incongruencia entre las versiones o esta se hiciera manifiesta de otro modo. Al respecto, Malarino tomó posición por la primera alternativa ya que, de lo contrario, existiría el peligro de que una decisión posterior, en algún momento, expusiera un error de una decisión anterior y, de esa manera, la deslegitimara. Para una situación tal, el Estatuto no habría previsto recursos legales suficientes.

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

3. Debate

La mayoría de los participantes latinoamericanos discreparon con la evaluación positiva expresada en la exposición de Grammer. Todos ellos coincidieron en la usual inconsistencia de estos Estados en lo que respecta a la suscripción de tratados de derechos humanos y con contenido penal internacional. Los Estados latinoamericanos nunca habrían tenido reparos en suscribir todos los tratados en la materia, pero generalmente presentarían enormes déficit en su implementación y aplicación. Esto no sería una excepción en el caso del Estatuto de la CPI, el cual, si bien había sido suscrito por la gran mayoría de los Estados, se encontraba también en la mayoría de ellos pendiente de implementación.

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

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

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

Posteriormente, el profesor Dr. Alejandro Aponte (Colombia) presentó la *nueva ley de alternatividad penal colombiana*⁴ y *otras cuestiones relativas a la implementación del Estatuto de la CPI*, cuya finalidad oficial radicaría en la desmovilización

⁴ Se trata del proyecto de ley estatutaria n° 85, de 2003, del Senado.

de los grupos armados existentes en Colombia, la guerrilla y los paramilitares, mediante la imposición de sanciones alternativas (como, por ejemplo, la limitación de la libertad de movimiento a un territorio determinado) en vez de medidas drásticas privativas de la libertad. Aponte, además, hizo ver las fricciones con el Estatuto de Roma que este proyecto podría llegar a ocasionar, especialmente con el principio de subsidiariedad (artículo 17 del Estatuto de la CPI).

A continuación la profesora Dra. Alicia Gil Gil (España) presentó un análisis crítico de los *nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la CPI en España*. Estos se refieren a una reforma del Código Penal⁵ y al establecimiento de la ley de cooperación con la CPI.⁶ Respecto de la primera iniciativa legal la principal crítica apunta a la regulación de los crímenes de guerra ya que, por un lado, contemplaría penas inferiores a los crímenes contra la humanidad, lo que no estaría acorde con la jurisprudencia de los tribunales ad hoc de la ONU y, por otro lado, la técnica de ley penal en blanco aplicada en estos tiempos mermaría tanto la seguridad jurídica como el efecto motivador de la amenaza penal que ella supone. Además, Gil Gil se refiere críticamente a la omisión de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a fin de incluir los crímenes contra la humanidad bajo el principio de justicia universal, como lo estaría exigiendo la doctrina. A su vez, la segunda iniciativa legal de cooperación con la CPI también limitaría excesivamente el principio de justicia universal, más allá de lo que ya se hacía *contra legem* mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Guatemala⁷ ya que, en combinación con esa jurisprudencia, ni siquiera serían perseguibles hechos acaecidos en el extranjero cuando se tratase de víctimas españolas, de cumplirse los supuestos del artículo 7.2 de la citada ley, que hace referencia a hechos extraterritoriales que caerían bajo la competencia de la CPI.⁸ Esto, según Gil Gil, solo sería explicable por el temor de verse enfrentado a nuevos “casos Pinochet”. Sin embargo, un cuadro jurídico resultante implicaría desatender la obligación nacional de persecución penal que emanaría del principio de complementariedad. En otro orden de cosas, el gobierno se habría reservado una potestad exclusiva para la activación de la competencia de la CPI lo que contravendría las reglas generales del proceso penal español, en especial el principio de legalidad.

⁵ Ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre de 2003.

⁶ Ley orgánica 18/2003, del 10 de diciembre de 2003.

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

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

5. Debate

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

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

En cuanto al modelo de solución del conflicto armado interno que representa el proyecto de alternatividad penal colombiano, la mayoría de los asistentes manifiestan su temor de que tales esfuerzos de pacificación y reconciliación del Estado colombiano puedan no satisfacer las exigencias del derecho penal internacional materializados en el Estatuto de la CPI, por lo que se podría producir la activación de la competencia de la CPI. En concreto, el propio Aponte señala que, en tal sentido, podría invocarse el artículo 17, § 3, del Estatuto de Roma, en caso de incapacidad del Estado colombiano para, por ejemplo, hacer comparecer a un acusado o, asimismo, el artículo 20 del Estatuto de Roma que establece excepciones a la cosa juzgada, respecto de casos que se resuelvan aplicando la alternatividad penal propuesta. Finalmente, Aponte señala que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia ha manifestado que el proyecto de alternatividad no

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

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

respetaría la existencia de la CPI y sería incompatible con las obligaciones que emanan del Estatuto de Roma. Asimismo, Santalla recalca el efecto nocivo para el principio de complementariedad que implica el hecho de que los Estados no logren superar situaciones de crisis internas, por cuanto se podría producir una excesiva concentración de casos en la CPI, lo que contravendría el espíritu de su Estatuto.

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

A continuación se procedió a oír la evolución de la implementación del Estatuto de la CPI en los diferentes países latinoamericanos que contaban con un representante en la reunión. Tanto el representante de Ecuador, el juez de la Corte Suprema, Bolívar Vergara Sosa, como el de Paraguay, Jorge Domingo Rolón Luna, presentaron una exposición amplia sobre la situación de sus países ya que estos Estados no habían sido incluidos en la publicación *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, con lo cual se logró cerrar ese vacío. En esta mesa redonda pudo apreciarse que, a pesar de múltiples iniciativas legales, no es de esperar que en un tiempo cercano se produzcan nuevas ratificaciones ni se aprueben nuevas normativas implementadoras del Estatuto de la CPI. Sin embargo, es posible matizar esta evaluación general, en el sentido de que esta inercia responde a diversas causas, tales como el desinterés público (académico y político),¹¹ aprehensiones constitucionales¹² u otras de este tipo que más bien ocultan, en mayor o menor medida, razones políticas.¹³ A su vez pueden matizarse también las diversas iniciativas que se están impulsando, las que abarcan desde la ausencia de proyectos de reforma concretos,¹⁴ pasando por proyectos de reforma constitucional,¹⁵ proyectos de leyes autónomas,¹⁶ hasta amplias reformas de los Códigos penales o procesales penales.¹⁷ A este

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

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

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

¹⁴ Así, el caso de Bolivia.

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

¹⁶ Así, el caso de Argentina.

¹⁷ Así, el caso de Costa Rica y Perú.

panorama, no demasiado alentador, se opone el rechazo por parte de diversos países de la región a la suscripción de los tratados bilaterales de no entrega, impulsados por los Estados Unidos de América, lo que, en opinión de diversos asistentes, podría variar si la presión política arrecia.

7. Exposiciones sobre temas de parte general y especial de derecho penal internacional

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

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

A continuación, Ambos presentó sus planteamientos acerca de una teoría del delito penal internacional. Respecto de la construcción de esta teoría, Ambos hace ver la escasa influencia que ha ejercido la ciencia penal alemana debido a su alto nivel de abstracción y su sobredogmatización. En definitiva Ambos aboga, desde una perspectiva del derecho comparado y de la teoría penal, por una teoría del delito *funcional de derecho comparado* que tiene en común, con una teoría del delito funcional de orientación moderada (Roxin), la fundamentación básica de orden político-

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

criminal, de modo de ser permeable y flexible respecto de nuevos desarrollos. Esta teoría sería preferible tanto al funcionalismo radical —como el propuesto por Jakobs, que mediante una normativización extrema se aleja de los datos empíricos y no ofrece la necesaria orientación básica hacia la protección de los derechos humanos— como asimismo al pensamiento penal ontológico basado en el finalismo, que no presenta la necesaria flexibilidad y apertura frente a los problemas concretos. Si bien este pensamiento tiene una pretensión de validez universal, por un lado no existiría en el ámbito internacional consenso sobre cuáles serían estas estructuras lógico-objetivas invariables y, por otro, nunca habría tenido alguna gravitación en el debate internacional, como queda reflejado en las supuestas estructuras lógico-objetivas de la autoría y participación sustentadas por la teoría finalista alemana mediante una estructuración dualista de estos institutos y que no se acoge en el plano internacional.

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

Seguidamente, el profesor Dr. Juan Luis Modolell (Venezuela) expuso sobre la *regulación de la imputación subjetiva y personal en el Estatuto de la CPI*. En su análisis del artículo 30 del Estatuto de Roma defendió la posición según la cual los términos “intención”, del párrafo 1, e “intencionalmente”, del párrafo 2, tendrían dos significados distintos;¹⁹ designaría el primero el elemento volitivo del dolo y el segundo el dolo como la faz subjetiva del tipo, en sentido general. El término único en la versión inglesa *intent* sería, por ende, ambiguo. Por otra parte, el artículo 30 párrafo 2 b) del Estatuto permitiría que, en cuanto a las consecuencias, exista dolo con la sola concurrencia del elemento intelectual ya que la disposición exigiría que respecto de las consecuencias la persona en cuestión solo presente alternativamente ya sea el *querer* o la *conciencia*, en el sentido de un *conocimiento*, que podría interpretarse normativamente como *ex ante*, esperable según la experiencia de un hombre medio, ya que el párrafo 3 de la disposición se refiere al “curso normal de los acontecimientos” (*ordinary course of events*). Ello permitiría incluir, sin problemas, tanto el dolo directo de segundo grado como también el dolo eventual.

El profesor Dr. Dino Carlos Caro Coria (Perú) disertó acerca de *la participación mediante aparatos organizados de poder* con referencia a los casos peruanos de *La Cancuta* y *Barrios Altos*. Respecto de estos, que representan la base de las solicitudes de extradición del ex presidente Fujimori, Caro sostiene la posibilidad de aplicar la figura de la autoría mediata en aparatos de poder organizados, la que se podría

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

entender como incluida en la regulación de la autoría y participación en el Código Penal peruano, lo que haría cuestionable el silencio que mantuvo en torno a esta posibilidad la Comisión de Verdad y Reconciliación de Perú. Sin perjuicio de lo anterior, Caro aprecia ciertas debilidades de tipo fáctico en la teoría en cuestión, toda vez que no existiría una fungibilidad concreta del ejecutor, como sí lo exige la teoría elaborada por Roxin.

8. Debate

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

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

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

Caro se sumó a las críticas a la primacía fáctica del sistema bipartito descrito por Ambos y creyó, además, que se debe tener una claridad sobre los principios político-criminales antes de discutir sobre la conveniencia de un sistema de corte ontológico o funcional en la parte general del derecho penal internacional.

En un análisis crítico de lo que denominó una sobredogmatización de la doctrina alemana y de una cierta ignorancia de construcciones dogmáticas extranjeras por parte de la misma, *Ambos* se refirió a la imposibilidad de iniciar la discusión penal

internacional, desde una perspectiva *postwelzeliana*, si en el ámbito internacional, por ejemplo, se parte de la base de una faz interna y otra externa (*mens rea* y *actus reus*) donde un análisis, con el grado de diferenciación que ofrece la dogmática alemana, resulta muy inadecuado. Por eso, él optaría por un método empírico que consistiría en preguntarse qué es el derecho penal internacional y reconocer, en primera instancia, que se trata de un sistema que involucra varios sistemas de derechos, de jurisprudencia y de fuentes de codificación. Si se analizara ese conjunto de elementos se llegaría necesariamente a un sistema bipartito. Contestando a Caro y Gil Gil, señaló que eso no implicaba que al sentar las bases de su trabajo de elaboración de una parte general del derecho penal, defendiera ese sistema. Al respecto, hizo notar que en la tercera parte de su trabajo de habilitación realizó un análisis de los fundamentos en que se basa la distinción entre causales de justificación y de exculpación como ejemplo de una, a su entender, correcta fundamentación proveniente de la dogmática alemana. Esto, sin perjuicio de tener que reconocer que no corresponde ni a la realidad de las legislaciones angloamericanas ni al derecho penal internacional, especialmente del Estatuto de la CPI, que no reconoce explícitamente esta distinción. Se trataría, por ende, de un intento de presentar una descripción y no una justificación. Por otra parte, hizo notar los contrasentidos en que desemboca la discusión cuando se confunden esos planos, lo que quedaría reflejado, por ejemplo, en la crítica que ha recibido su trabajo de habilitación en una recensión del *Journal of International Criminal Justice*,²⁰ en el sentido de querer dogmatizar el derecho penal internacional desde el punto de vista de la dogmática alemana.

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

Respecto de la exposición de Modolell, Gil Gil no creía que el artículo 30 del Estatuto de la CPI partiera de un concepto normativo del dolo, sino que también le daba relevancia a elementos psicológicos del autor, de lo cual se derivaría perfectamente, en concordancia con Modolell, la inclusión del dolo eventual en el precepto. Gil Gil también hizo referencia crítica a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que, en la sentencia *Srebrenica*, señaló que, en el caso del genocidio, no cabe un dolo eventual; reconoció, eso sí, que la doctrina más moderna acepta esta forma de dolo, señalando empero no tener certeza que se trate de un derecho consuetudinario por

²⁰ Véase *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 3ª ed., diciembre de 2003, pp. 737-745.

lo que se exigirá una intención directa. Pero esa declaración solemne, según Gil Gil, luego en el caso concreto se desconocería al sostenerse que para el partícipe no haría falta intención directa sino solamente conocimiento de que participaba en un plan, por lo que, al respecto, termina no exigiéndose la intención, con lo cual efectivamente se acaba castigando una situación de dolo eventual.

Modolell también creía que las posiciones cognitivas del dolo son peligrosas, pero que terminarán imponiéndose por cuestiones probatorias, como ya lo habría argumentado, por ejemplo, Ragués i Vallès en España.²¹ Sostener, en definitiva, que el dolo se definiría normativamente por la relevancia o significación social del actuar, vale decir, una noción objetiva del dolo, lo transformaría en un problema de imputación objetiva. Se trataría de una argumentación muy seductora ya que en la práctica no sería necesario probar si el sujeto quiso o no, sino si, dadas determinadas condiciones en relación con su conducta, debió saber algo o no. Lo que Modolell consideraba una pregunta válida respecto de las posiciones que propician tal concepto del dolo era por qué el dolo prototípico ha de ser el dolo eventual, a partir del cual se construiría el dolo general, a pesar de ser aquel, en realidad, excepcional. Eso, desde el punto de vista político-criminal, sería inconveniente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

manifestación del escaso peso internacional de su país y manifestó su escepticismo respecto de la estimación del gobierno de que el acuerdo perdería vigor con la ratificación del Estatuto de Roma.

En la tarde del mismo día y bajo la moderación de Dr. Jan Woischnik, el profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora (Chile) intervino con un análisis de *la imprescriptibilidad de crímenes internacionales con especial referencia al caso chileno*. Al respecto no rechazó la prescriptibilidad sin excepciones del ilícito y la pena contemplada en el ordenamiento legal chileno, a pesar de contrariar en lo referente a los crímenes internacionales la regulación internacional. Al contrario, Guzmán se manifestó proclive a mantener la prescriptibilidad también en los casos de crímenes internacionales basado en consideraciones en torno al estado de derecho y el fundamento humanitario de este instituto. Esta posición se justificaría especialmente por la existencia de otros mecanismos para evitar la impunidad, como son la suspensión y la interrupción de la prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, apreció una excepción en el artículo 250 del nuevo Código Procesal Penal chileno a la regla general referida, según la cual excepcionalmente no se podrá sobreseer definitivamente una causa cuando el delito no prescriba, en razón de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes. Si bien Guzmán apreciaba dificultades para armonizar esta disposición con las reglas generales del ordenamiento jurídico chileno, estimó que no tendrá consecuencia práctica toda vez que, a excepción de ciertos supuestos de crímenes de guerra, los ilícitos internacionales respectivos no han sido tipificados en el derecho interno y muy probablemente no lo serían en un tiempo esperable. En cuanto a los argumentos dogmáticos expuestos por la doctrina chilena para fundamentar la prescripción del delito y la pena, Guzmán desestimó aquellos argumentos basados en características personales del hechor, por su carácter especulativo, y privilegia en cambio aquella fundada en razones sociales, basadas en el desinterés de las generaciones futuras y la necesidad del otorgamiento de una seguridad jurídica como fundamento de una convivencia pacífica.

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

9. Debate

Martínez planteó su preocupación por el planteamiento de Guzmán, por cuanto a la humanidad le habría costado mucho llegar a declarar determinados crímenes como imprescriptibles. Sabiendo que se siguen cometiendo, en gran medida actualmente, estos ilícitos, no le parecía bien que desapareciera una de las pocas instituciones que podían contribuir a que no existiera impunidad.

Al contrario, Malarino se inclinó decididamente por los planteamientos esbozados por Guzmán, toda vez que no creía que se pudieran afirmar derechos humanos violando derechos humanos. Sostuvo que precisamente un Estado se prueba a sí mismo en situaciones límite, lo que implicaría, en cuanto a la prescriptibilidad, dar un tratamiento unitario a los ilícitos penales y sus sanciones, fueran estos internos o internacionales. En cuanto a las formas de solución de la encrucijada planteada por Martínez se inclinó por la posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción hasta que se estuviera en condiciones de proceder a la persecución de los crímenes internacionales.

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

X. Conclusiones y perspectivas

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