

1 ● Complementariedad e implementación

La aprobación del Estatuto de Roma ha significado una evolución muy importante en el proceso de internacionalización del derecho. A través de este tratado, la comunidad internacional se ha puesto de acuerdo por primera vez sobre la creación de una jurisdicción penal permanente con vocación universal para juzgar los comportamientos que constituyen (o deberían constituir) la expresión más fuerte del núcleo duro del derecho penal (en cierto modo los prototipos de los *Kernverbrechen*). El ECPI ha contribuido a relativizar, por consiguiente, la idea tradicional según la cual el derecho penal es un ámbito bajo el exclusivo dominio del poder estatal. De todos modos, aun en el sistema del ECPI el juzgamiento de crímenes internacionales sigue siendo un asunto prioritariamente estatal. El modelo de derecho penal internacional diseñado por el ECPI no prevé, en efecto, que la persecución penal de crímenes internacionales sea realizada en primera línea por una instancia internacional, sino por las diferentes jurisdicciones nacionales. La CPI podrá intervenir solamente cuando el Estado que tendría normalmente la jurisdicción “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (artículo 17 del ECPI). De este modo, a través del principio de complementariedad el ECPI adopta un *modelo binario*, pero estratificado en múltiples jurisdicciones: por un lado, una multiplicidad de sistemas nacionales —cada uno con sus propias especificidades— de *actuación prioritaria*; por el otro, la CPI de *actuación complementaria*. El

Estatuto de Roma crea, por tanto, un sistema complejo, compuesto por diferentes subsistemas jurídicos o niveles normativos, y por tanto un sistema que funciona en diferentes velocidades.

Este modelo binario tiene incidencia en la implementación del Estatuto y también será útil para el análisis de los problemas de implementación. Ante todo, él clarifica los diferentes *niveles de implementación*. Así, a los Estados partes se les plantea la cuestión de la adaptación de la legislación interna en dos niveles:

- por un lado, a fin de hacer posible la persecución de crímenes internacionales *en el propio Estado*;
- por el otro, a fin de cooperar (en sentido amplio) con la persecución de crímenes internacionales *por la CPI*;

Por otra parte, él repercute en las *obligaciones de implementación*. El Estatuto de Roma sólo *obliga* a los Estados partes a adaptar sus legislaciones internas para favorecer la jurisdicción *complementaria* de la CPI. En este sentido, cada Estado que ratifica el Estatuto de Roma se compromete a:

- regular todo lo atinente a la cooperación con la CPI (artículos 86 y 88 del ECPI).¹
- incorporar en su legislación interna tipos penales para la protección de la administración de justicia de la Corte (artículo 70, apartado 4, del ECPI)

El incumplimiento de estas obligaciones genera, en principio, responsabilidad internacional.

Por el contrario, no existe ninguna “obligación de implementación” *en el Estatuto* para hacer posible un juzgamiento en el Estado parte; esto es, el Estatuto no obliga a los Estados partes a modificar su derecho interno para que sus propios tribunales puedan llevar adelante el juicio.² Así, un Estado parte podría decidir, por ejem-

¹ Ambos —en Ambos y Malarino (eds.): *Persecución de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, p. 25— habla en este caso de una obligación fáctica.

² Esta obligación de implementación puede surgir, sin embargo, de convenciones internacionales (por ejemplo, como prevé para el delito de genocidio el artículo V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio) o del derecho constitucional del Estado (como, por ejemplo, el derecho alemán dispone el artículo 26 I de la GG respecto de la preparación de una guerra de agresión).

plo, no incorporar crímenes internacionales y aceptar que en caso de que se produzca un crimen dentro de su jurisdicción sea la Corte la que lleve a cabo el proceso. En efecto, el Estado parte está obligado por el Estatuto de Roma sólo a ceder su jurisdicción en caso de no contar con capacidad o voluntad de persecución (artículo 17 del Estatuto de Roma) y a colaborar ampliamente con la CPI. En pocas palabras: él debe colaborar a que la Corte pueda funcionar.

A primera vista, puede parecer *contradictorio* prever la prioridad de la jurisdicción nacional sin establecer al respecto una obligación expresa de implementación y, en cambio, sí establecerla en relación con la jurisdicción complementaria de la CPI; sin embargo, esta decisión es perfectamente comprensible en el sistema del Estatuto de Roma; en él, la jurisdicción nacional *prioritaria* ha de funcionar por el *incentivo de no perder la soberanía*, esto es, el incentivo que significa para todo Estado poder juzgar por sí mismo sus conflictos internos. La existencia de una CPI de actuación complementaria lista a intervenir en caso de que fallen las instancias estatales también en virtud de *falta de legislación adecuada* (incapacidad de persecución, artículo 17, apartado 1, letra *a*, segunda parte, del ECPI)³ es entonces un importante factor de estimulación y promoción de la implementación en el ámbito nacional.

El sistema de la complementariedad tiene también como finalidad que los Estados se provean de los instrumentos jurídicos adecuados y decidan, de ser necesario, utilizarlos en la práctica. La activación de la competencia de la CPI (y la consiguiente pérdida de la porción de soberanía que significa la jurisdicción) opera por tanto como un estímulo para la implementación estatal. En este marco, es entendible por qué el ECPI ha creado obligaciones de implementación únicamente para hacer posible el (buen) funcionamiento de la CPI. Sólo la ratificación (consentimiento a una posible cesión de la competencia) y el cumplimiento de estas obligaciones de cooperación (lo cual implica, de ser necesario, un deber de implementación jurídico y un deber de cumplimiento del mandato de cooperación en la práctica) garantizan que frente a la comisión de un crimen internacional siempre exista una jurisdicción con posibilidades reales de funcionamiento. En definitiva, aun cuando el Estatuto de Roma no prevea una obligación expresa de adaptar las legislaciones internas para

³ Artículo 17.1.a, segunda parte: que “el Estado que tiene la jurisdicción [...] no pueda realmente” hacer la investigación o el enjuiciamiento (*cursiva agregada*). La amplitud del término “no pueda realmente hacerlo” permite incorporar en él la ausencia de condiciones tanto fácticas como jurídicas.

juzgar *en el ámbito nacional* los crímenes internacionales, es innegable que un objetivo de este instrumento internacional es que los Estados sean los que se encarguen prioritariamente del juzgamiento de tales crímenes. Esto mismo expresa el sistema de la complementariedad, el cual, por un lado, concede a los Estados el juzgamiento prioritario, pero, por el otro, vigila ese juzgamiento y amenaza con tomar la jurisdicción. De esto modo, a través del sistema de la complementariedad el Estatuto procura indirectamente la adaptación de las legislaciones nacionales (incentivo de no perder la jurisdicción).

El ECPI procura, por consiguiente, la adaptación de las legislaciones de los Estados partes *directamente* a través de la imposición de obligaciones expresas de implementación e *indirectamente* a través del incentivo de conservar la jurisdicción creado por el sistema de la complementariedad (incapacidad de persecución en virtud de *falta de legislación adecuada*, artículo 17, apartado 1, letra *a*, segunda parte, del ECPI). El primer caso puede nombrarse como *implementación obligatoria* y la falta de implementación puede conducir a responsabilidad internacional. El segundo puede calificarse como *implementación facultativa* y la ausencia de implementación puede conducir a la pérdida de la jurisdicción y con ello del *ius puniendi*.

A través de estas obligaciones o inducciones de implementación el ECPI no busca, sin embargo, una unificación de los derechos nacionales. Por tal razón, no impone un modelo específico de adaptación y, en especial, no impone una obligación de implementación literal. Sin embargo, el ECPI proporciona ciertos *parámetros* o guías para la implementación, cuyo cumplimiento producirá un acercamiento de las regulaciones nacionales. En este sentido, el ECPI va a desencadenar sin dudas un efecto de armonización de los derechos estatales. Ejemplos de parámetros de implementación existen tanto en el ámbito de la implementación obligatoria, como en el de la implementación facultativa.

En el ámbito de las obligaciones de implementación para hacer posible la jurisdicción suplementaria de la CPI (implementación obligatoria), el artículo 88 dispone que los Estados partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a *todas* las formas de cooperación especificadas en la parte IX, relativa a la cooperación internacional y la asistencia judicial. De este modo, si bien la manera concreta de implementación dependerá de las especificidades de cada Estado (por ejemplo, de su tradición y técnica jurídica), el Estatuto proporciona una guía bastante completa de lo que debe hacer el Estado para cumplir con la obligación

de implementación. Esto es, enuncia ciertas formas de cooperación y asistencia que todo Estado parte debe estar en condiciones de llevar a cabo (detención, entrega y otras formas de cooperación, artículos 89, 92 y 93) y prevé pormenorizadamente determinados procedimientos (por ejemplo, requisitos de la solicitud de cooperación, artículo 87; solicitudes concurrentes, artículo 90; contenido de la solicitud de detención y entrega, artículo 91). Por otra parte, también en el marco de la implementación obligatoria el artículo 70, apartado 4, del ECPI establece el deber de los Estados partes de incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos delitos para la protección de la administración de justicia de la Corte. De la lectura de esta disposición se advierte que se trata sólo de una obligación de incorporación de tipos penales (aquellos previstos en el apartado 1 de ese mismo artículo) y no de sanciones. Esto es evidente en cuanto la obligación de implementación se limita expresamente a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el apartado 1 de ese artículo, donde se encuentran sólo tipificaciones. A su vez, el artículo 70, apartado 4, provee pautas de implementación relacionadas con la aplicación de la ley en el espacio. El Estado deberá admitir la jurisdicción de sus tribunales no sólo si los delitos contra la administración de justicia de la CPI son cometidos en su territorio, sino también por sus nacionales. De esta forma, se impone como parámetro de implementación el principio de territorialidad y el de nacionalidad activa.

En el ámbito de la implementación facultativa, esto es, para hacer posible un proceso por crímenes internacionales en el propio Estado, también existen ciertas pautas de implementación. En principio, si el Estado parte no quiere correr el riesgo de perder la competencia, deberá contar con tipos penales para reprimir los comportamientos respecto de los cuales la CPI es competente y está actualmente en condiciones de juzgar (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra). Esto ya proporciona ciertas pautas acerca del objeto de la implementación. La respuesta en concreto acerca de la modalidad de implementación dependerá de cuestiones relacionadas con la tradición jurídica y técnica legislativa vigente en cada Estado y, asimismo, de sus especialidades constitucionales. Respecto de la implementación de crímenes internacionales, parece que se trata de una implementación en el nivel de tipificación de conductas. En cuanto a las sanciones, el Estatuto concede a los Estados un margen de libertad (artículo 80 del ECPI). Por otra parte, el mecanismo de la subsidiariedad podrá provocar una implementación de garantías procesales en el derecho interno en virtud de la posibilidad de la CPI de conocer en un caso si la causa

“no hubiere sido instruida en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional” (artículo 20, apartado 3, letra *b*). Si se entiende que la CPI puede conocer un proceso no sólo cuando tales garantías no hayan sido respetadas de hecho, sino también cuando el Estado no cuente en absoluto con ciertas garantías reconocidas por tratados y convenciones internacionales, entonces el Estado que no posea un proceso penal acorde con estos estándares internacionales y no quiera de ningún modo ceder eventualmente su soberanía se verá inducido a adecuar su legislación en el sentido indicado. Aquí, las pautas vienen dadas por los instrumentos internacionales (o regionales) concernientes a la materia.

En este sentido, se advierte que el ECPI cumple una doble función: por un lado, es la fuente de derecho principal para la jurisdicción suplementaria de la CPI (artículo 21); por el otro, constituye el *punto de referencia para la implementación*, tanto en cuanto se refiere a la cooperación (en sentido amplio) con el funcionamiento del sistema de justicia internacional de la CPI (implementación obligatoria), como en relación con las modificaciones al derecho interno necesarias para que la jurisdicción prioritaria pueda realizarse sin riesgos de activación de la competencia de la CPI (implementación facultativa).

La manera y el alcance de la implementación, esto es, la adopción de opciones concretas de regulación, dependerá de diversos factores. En principio, la implementación dependerá de si el Estado se compromete solamente con el adecuado funcionamiento de la CPI o si, además de ello, se propone hacer posible un juzgamiento autónomo en el ámbito nacional. También dependerá de si el Estado respectivo ya cuenta en parte con normas que realicen las exigencias del Estatuto de Roma (por ejemplo, ya cuenta con tipificaciones de crímenes internacionales). Desde otro punto de vista, las elecciones de implementación estarán influidas ya por la pertenencia a un sistema de derecho, por la tradición jurídica y por las especificidades normativas y especialmente constitucionales de un ordenamiento jurídico determinado. Este último aspecto plantea delicadas cuestiones en el proceso de ratificación e implementación, pues no siempre el derecho del Estatuto de Roma es enteramente compatible con el derecho constitucional estatal. En este sentido, el derecho constitucional estatal puede poner *obstáculos* a la ratificación e implementación. Sobre algunas cuestiones relacionadas con este tipo de obstáculos y sus caminos de solución en la experiencia de ratificación e implementación latinoamericana versarán las siguientes conside-

raciones. (sección 2). A continuación se analizará la cuestión de si la creación de la CPI debería desempeñar algún papel en la regulación del principio de jurisdicción universal; ella es, como se verá más adelante, trascendental para el sistema de la complementariedad (sección 3).

2. Obstáculos constitucionales a la ratificación e implementación del Estatuto de Roma

Un rápido repaso de la experiencia de ratificación e implementación muestra que la existencia de problemas de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y los derechos constitucionales estatales es moneda corriente. Esto no sorprende, si se tiene en cuenta que el Estatuto de Roma es el resultado de un necesario *compromiso* entre ordenamientos y culturas jurídicas muy diferentes. Un texto que pretende aceptación universal difícilmente podrá satisfacer acabadamente las exigencias constitucionales de todos los Estados partes. Lo que en muchos Estados puede ser inobjetable desde el punto de vista constitucional, en otros puede ser visto como una lesión al orden constitucional. Un ejemplo elocuente de esto es la diferente comprensión del principio de culpabilidad en el ámbito del *common law* y en el del *civil law* y su repercusión sobre la relevancia del error de derecho (*mistake of law*) o error de prohibición (*Verbotsirrtum*).

En América Latina, estos problemas han disturbado el proceso de implementación y, en algunos casos, han impedido incluso la ratificación del Estatuto. Los problemas que más frecuentemente se han presentado a la hora de llevar a la práctica, en la legislación interna, los *inputs* emanados del ECPI o que, en todo caso, podrían dificultar este proceso son los siguientes: la previsión por el Estatuto de la pena a prisión perpetua (artículo 77, apartado 1, letra b) en los Estados que contienen una prohibición constitucional de esta clase de pena;⁴ algunas tipificaciones consideradas demasiado imprecisas

⁴ Cf. los informes de Brasil (IBCCRIM), El Salvador (Martínez Ventura), Costa Rica (Hernández Balmaceda), México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain) en este volumen. Cf. para Colombia la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

para el principio de legalidad (por ejemplo, artículo 7 apartado 1, letras *g*, *h* y *k*)⁵; la indefinición de los supuestos en los cuales la CPI podría aplicar la prisión a perpetuidad;⁶ la posible afectación del principio de culpabilidad por la irrelevancia del error de derecho (artículo 32)⁷ o la presunción de la ilicitud de las órdenes a cometer genocidio o crímenes contra la humanidad (artículo 33 apartado 2)⁸; la posibilidad de la CPI de reabrir un proceso en ciertos casos (artículo 20, apartado 3) en los Estados que consideran el *ne bis in idem* como un valor constitucional;⁹ la irrelevancia del cargo oficial (artículo 27) donde existan inmunidades o procedimientos especiales para el juzgamiento de altas autoridades estatales;¹⁰ la obligación de entrega de personas a la CPI (artículos 88 y 89) en Estados que establecen por vía constitucional la prohibición de extradición de sus ciudadanos;¹¹ la regulación de la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI (artículo 29);¹² la afectación de la soberanía estatal por el establecimiento de una jurisdicción supranacional.¹³

Cómo resolver estos problemas es actualmente la cuestión central en los procesos de ratificación e implementación latinoamericanos. En lo siguiente se analizarán dos cuestiones básicas que se plantean a los Estados a este respecto. Por un lado, en el marco de la implementación necesaria para el funcionamiento de la CPI, se abordará la cuestión de la necesidad de una reforma constitucional para aceptar la jurisdicción de la CPI y, con ello, el diferente estándar de derechos del ECPI. Principalmente, pero no siempre, éste es un problema que se plantea ya en el proceso de ratificación, es decir, en vista de una futura ratificación. Por otro lado, en el ámbito de la implementación tendente a posibilitar el juicio de crímenes internacionales en el Estado, se realizarán algunas consideraciones sobre el margen de libertad de los Estados en la elección de opciones legislativas.

⁵ Cf. los informes de Argentina (Parenti), Brasil (IBCCrim), Chile (Guzmán Dalbora); México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain), en este volumen. Sobre la posible fricción entre prisión perpetua y la finalidad de la pena de la reinserción social, cf. los informes de Perú (Caro Coria) y Paraguay (Montanía), en este volumen.

⁶ Cf. el informe de Argentina (Parenti).

⁷ Cf. los informes de Chile (Guzmán Dalbora) y México (Neri Guajardo), en este volumen.

⁸ Cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

⁹ Cf. los informes de Brasil (IBCCrim), El Salvador (Martínez Ventura), Chile (Guzmán Dalbora); Paraguay (Montanía) y México (Neri Guajardo), en este volumen. Respecto de Colombia, cf. la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

¹⁰ Cf. los informes de Brasil (IBCCrim), El Salvador (Martínez Ventura), Chile (Guzmán Dalbora), Costa Rica (Hernández Balmaceda), Paraguay (Montanía), Bolivia (Santalla Vargas), México (Neri Guajardo) y Uruguay (Galain), en este volumen. Cf. también la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana.

¹¹ Cf. los informes de Brasil (IBCCrim), El Salvador (Martínez Ventura), Costa Rica (Hernández Balmaceda) y Paraguay (Montanía), en este volumen.

¹² Sobre la discusión en Colombia, cf. la sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional.

¹³ Cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

2.1. La cuestión del aval constitucional a la jurisdicción de la CPI y al diferente estándar de garantías del ECPI

2.1.1. *El problema*

La primera condición para el funcionamiento de la CPI es la ratificación por los Estados. A través de ella el Estado acepta de manera general la competencia complementaria de la CPI respecto de los hechos cometidos en su territorio, a bordo de sus buques o aeronaves o por sus nacionales (artículo 12.1 y 12.2 del ECPI) y se obliga a cooperar con este tribunal internacional. Sin embargo, el establecimiento de un poder jurisdiccional penal internacional con competencia respecto de hechos ocurridos en el territorio soberano estatal y la regulación dada por el Estatuto de Roma a determinadas materias han llevado a varios Estados a preguntarse, ya frente a la perspectiva de la ratificación, sobre la compatibilidad constitucional de este texto internacional. En este sentido, la cuestión ha radicado en saber si era necesaria una reforma constitucional *previa* a la ratificación para dar base constitucional a la jurisdicción de la CPI y, especialmente, a la utilización por ésta de un cuerpo normativo con un estándar de garantías distinto, en ciertas materias, del que establece la Constitución estatal.

En el ámbito latinoamericano esta cuestión ha estado presente en varios Estados. Especialmente, ha ocupado un lugar importante en Colombia, Chile, México, El Salvador, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y, en cierta medida, también en Brasil. Mientras en Colombia¹⁴ y México¹⁵ estas discusiones llevaron a una modificación de la Constitución Política y en Chile¹⁶ y El Salvador¹⁷ tal reforma es considerada necesaria, en Costa Rica,¹⁸ Ecuador¹⁹ y Guatemala,²⁰ por el contrario, las respectivas jurisdicciones de constitucionalidad han estimado innecesaria una reforma de la Cons-

¹⁴ Acto legislativo 02 de 2001 por el cual se incorpora un segundo párrafo al artículo 93 de la Constitución. Esta reforma permitió la aprobación del Estatuto de Roma por ley n.º 742 del 5 de junio de 2002. Al respecto, más adelante en el texto.

¹⁵ Reforma constitucional de 20 de junio de 2005

¹⁶ Así lo estimó la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002. Para más detalles cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

¹⁷ Cf. al respecto el informe de El Salvador (Martínez Ventura), en este volumen.

¹⁸ Sala Constitucional, consulta preceptiva de constitucionalidad de 1 de noviembre de 2000. A consecuencia de esta declaración de compatibilidad constitucional el ECPI fue aprobado por el Parlamento el 7 de febrero de 2001 (ley 8083) y ratificado el 7 de junio de 2001. Cf., para mayores detalles, el informe de Costa Rica (Hernández Balmaceda), en este volumen.

¹⁹ Cf. Tribunal Constitucional, resolución n.º 038-2001-TP de 22 de febrero de 2001. La aprobación de la ratificación del Estatuto por el Congreso ocurrió el 18 de diciembre de 2001; el depósito del instrumento de ratificación, el 5 de febrero de 2002.

²⁰ Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva de 25 de marzo de 2002. Hasta el momento Guatemala no ha ratificado el Estatuto.

titución para posibilitar la ratificación. En Brasil, por su parte, pese a que no fue considerada necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación, una enmienda constitucional destinada a aceptar la jurisdicción de la CPI fue finalmente aprobada en diciembre del 2004 y, por tanto, a más de dos años de la ratificación del Estatuto por ese país.²¹ En los restantes países de la región la discusión no ha tenido una importancia semejante. De todos modos, en cuanto a estos Estados, es evidente que aquellos que han aprobado y ratificado el ECPI —como es el caso de Venezuela, Argentina, Paraguay, Perú, Panamá, Honduras, Bolivia y Uruguay— han reconocido al menos implícitamente la inexistencia de incompatibilidades. Sin embargo, a diferencia de Costa Rica, Ecuador y Guatemala, donde la compatibilidad del Estatuto ha sido declarada expresamente por sus respectivos tribunales constitucionales en cumplimiento de un control previo de constitucionalidad, en los Estados que sólo cuentan con un sistema de revisión de constitucionalidad *a posteriori*²² la decisión final sobre la conformidad constitucional del Estatuto sólo podrá ser dada por la autoridad judicial encargada de resolver cuestiones de constitucionalidad en el caso eventual de que se presente a su conocimiento un asunto concreto de incompatibilidad (por ejemplo, frente a un pedido de cooperación). Por ello, en estos casos se podría hablar sólo de una declaración de compatibilidad precaria. La aceptación implícita o explícita de la compatibilidad entre el sistema del Estatuto de Roma y las normas constitucionales estatales no significa, sin embargo, que no puedan existir problemas de implementación de índole constitucional; ella sólo significa que para esos Estados no se afecta el orden constitucional ni por la realización de un proceso por la CPI como jurisdicción complementaria, ni por el diferente nivel de derechos utilizado ésta.

Sin embargo, no es para nada obvia la conclusión de la compatibilidad del Estatuto y de la jurisdicción complementaria de la CPI en Estados que conceden *rango constitucional*, por ejemplo, a un principio de legalidad (estricto), al principio de culpabilidad (comprendido, por ejemplo, en el sentido de excluir la culpabilidad en caso de errores de prohibición inevitables), a la proscripción de la pena de prisión

²¹ Incorporación de los párrafos 3 y 4 al artículo 5 de la Constitución, enmienda constitucional n.º 45 de 8 de diciembre de 2004. Sobre los problemas constitucionales en Brasil véase, además del Informe de Brasil (IBCCRIM) en este volumen, Japiassú, en Ambos y Japiassú (eds.): *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios*, Rio de Janeiro: Lumen, pp. 199 ss., y Choukr: “O Brasil e o Tribunal Penal Internacional: Abordagem inicial à proposta de adaptação da Legislação Brasileira”, en Ambos y De Carvahlo (eds.): *O Direito Penal o no estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*, Rio de Janeiro: Lumen, pp. 61 ss.

²² O que cuentan sólo un control previo *facultativo* y esta posibilidad no ha sido utilizada.

perpetua o al principio del *ne bis in idem*. Todos los Estados de la región contienen en su Carta constitucional una o varias de las garantías recién mencionadas. Aquí cabe formular la siguiente pregunta: ¿debería un Estado ratificar un instrumento internacional que crea un sistema penal en el cual no se respetan determinadas garantías de rango constitucional consideradas indispensables en el derecho interno sin intervenir previamente en su texto constitucional allanado las dificultades? La respuesta habrá de depender seguramente del valor que cada ordenamiento jurídico otorgue a los tratados internacionales y, específicamente, al ECPI. En aquellos ordenamientos jurídicos en que el ECPI se incorpora con rango infraconstitucional, una reforma constitucional previa a fin de admitir un régimen diferente de garantías cuando la CPI ejerce su jurisdicción complementaria parece ser la solución más adecuada desde el punto de vista constitucional. Así, por ejemplo, en un Estado en el cual la ratificación concedería al Estatuto sólo un rango inferior a la Constitución y en el cual, por su parte, el principio de legalidad concebido estrictamente es un valor constitucional supremo, la reforma previa en el sentido indicado sería necesaria, pues un cuerpo normativo que en el orden interno goza de rango inferior a la Constitución no podría avalar una jurisdicción penal internacional en la cual, pese a reconocer el principio de legalidad, no lo garantiza en la medida requerida por el derecho constitucional interno. Las mismas consideraciones podrían hacerse en cuanto a la irrelevancia del error de derecho (artículo 32, ECPI) en Estados que consideran el conocimiento (al menos potencial) de la antijuridicidad como una exigencia del principio constitucional de culpabilidad. De igual modo sucede respecto del *ne bis in idem*: ¿podrían coexistir sin fricciones en un ordenamiento jurídico la garantía constitucional del *ne bis in idem* y un tratado internacional de rango inferior que permite decidir a una Corte internacional, por medio del principio de complementariedad (artículo 17 del ECPI), si el proceso realizado por un tribunal nacional debe reabrirse en la jurisdicción internacional (artículo 20.3 del ECPI)? Los Estados que reconocen en el orden constitucional interno una prohibición estricta del *bis in idem* y en los cuales el ECPI ingresa con rango inferior a la Constitución no deberían ratificar este instrumento internacional sin antes permitir, también por vía constitucional, una excepción a la vigencia del principio en caso de competencia suplementaria de la CPI. En los Estados donde el Estatuto ingrese con rango constitucional, la existencia de posibles conflictos se presentará como una cuestión de conflicto intraconstitucional. Aquí se podría plantear si la nueva incorporación constitucional es suficiente para eliminar cualquier tipo de

tensión con las normas constitucionales antecedentes o si sería recomendable allanar eventuales problemas a través de una cláusula constitucional expresa. Esta cuestión no puede ser abordada en el marco de este trabajo, pues requiere de un estudio pormenorizado del sistema constitucional de cada Estado que en este lugar no puede llevarse a cabo. La respuesta a esa cuestión dependerá especialmente de si la Carta constitucional respectiva establece prioridades en favor de determinadas normas constitucionales (por ejemplo, las que reconocen derechos y garantías a los ciudadanos) o, en general, de si cuenta con mecanismos para resolver problemas intraconstitucionales. De todos modos, al menos para los Estados en los que el ECPI ingresa con nivel infraconstitucional, la reforma constitucional previa a la ratificación parece ser una solución adecuada para resolver *en el derecho interno* eventuales problemas de incompatibilidad que genere la ratificación del Estatuto.

La importancia de una reforma tendente a aceptar el distinto tratamiento de determinadas materias o principios en el sistema penal internacional *complementario* es aún más evidente si se tiene en cuenta que el ECPI no admite reservas y establece un organismo jurisdiccional con competencia en el territorio y sobre los nacionales de los Estados partes. De otra forma, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico estatal no se podría fundamentar razonablemente por qué una persona que ha cometido un crimen en su territorio y que, por tanto, goza de ciertas garantías constitucionales puede ser desprovista de ellas por un instrumento internacional que posee en el derecho interno solamente rango inferior a la Constitución. Si un Estado desea ratificar el Estatuto (y aceptar, por consiguiente, la competencia de la CPI), debe estar dispuesto a asumir los compromisos que de allí se deriven y también a solucionar eventuales conflictos entre normativa interna y normativa internacional del Estatuto que puedan afectar el buen *funcionamiento de la jurisdicción de la CPI*. Si *tales* conflictos pudieran suscitarse por la falta de compatibilidad del derecho del Estatuto de Roma con la Constitución estatal interna, entonces el Estado que quiere ser parte de este tratado deberá efectuar las reformas pertinentes para que la jurisdicción de la CPI no se vea impedida o perturbada por problemas de derecho interno. Por el contrario, si un Estado no está dispuesto a aceptar una reducción de sus garantías básicas para el supuesto eventual de que la CPI conozca un hecho que originariamente caía bajo su jurisdicción, entonces no debería siquiera ratificar el Estatuto o, en el caso de que ya lo hubiere hecho, debería estar dispuesto a denunciarlo.

En Latinoamérica, como se ha señalado, sólo cuatro países han estimado necesaria una reforma constitucional *previa* a la ratificación y hasta ahora sólo dos la han conseguido. Los restantes Estados podrán realizar, de todos modos, una reforma posterior a la ratificación, tal como recientemente ha hecho Brasil. Ésta sería aconsejable si se dan las condiciones siguientes: a) la Constitución estatal contiene ciertas garantías o principios que el Estatuto de Roma no respeta adecuadamente; b) el Estatuto de Roma goza en el ordenamiento interno de rango inferior a la Constitución; c) no ha existido una declaración de compatibilidad del Tribunal Constitucional. Una reforma en tal sentido despejaría toda duda sobre la compatibilidad del Estatuto con el orden constitucional y evitaría, de este modo, el riesgo de que una eventual demanda de cooperación de la CPI (por ejemplo, una solicitud de detención y entrega) se vea frustrada porque la autoridad judicial nacional competente, en el caso concreto, declare la incompatibilidad del Estatuto con los principios fundamentales del Estado.²³ A este riesgo se aludía anteriormente cuando se expresó que la declaración de compatibilidad por el solo hecho de la aprobación y ratificación del Estatuto es precaria.

2.1.2. *Las soluciones propuestas*

Todos los Estados que en América Latina han modificado o proponen modificar la Constitución a fin de brindar una base constitucional a la actuación de la CPI y a la utilización por ésta de un cuerpo normativo con un estándar de garantías diferente del garantizado por la propia Constitución han seguido el camino de la *solución general*, transitado primeramente por Francia.²⁴

²³ Respecto de la decisión sobre la aceptación o el rechazo de una solicitud de entrega en virtud de la falta de compatibilidad entre la Constitución estatal y el ECPI, podría tener relevancia la distinción de si la persona requerida hubiera podido ser juzgada por el Estado requerido en razón de su jurisdicción prioritaria o si la persona requerida no hubiera podido ser juzgada por el Estado requerido, sino por un tercer Estado. Para esta distinción y sus diferentes consecuencias, cf. el interesante análisis en el Informe de Argentina (Parenti), en este volumen.

²⁴ En Francia, la declaración de incompatibilidad parcial del Estatuto con la Constitución por afectar “condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía” (sentencia del Consejo Constitucional del 22 de enero de 1999) motivó la incorporación a la Constitución del artículo 53-2 (ley constitucional 99-568 del 8 de julio de 1999). Esta disposición dispone lo siguiente: “La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte penal internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”. Tal reforma posibilitó la ratificación ocurrida el 9 de junio de 2000. En concreto, los problemas de compatibilidad se referían a las reglas de la prescripción, de inmunidades, a la amnistía y al principio de exclusividad de la jurisdicción francesa en el territorio francés. Una solución similar siguió Luxemburgo con la reforma al artículo 118 de la Constitución por ley de 8 de agosto de 2000.

A este tipo de solución se opone una *solución específica* que compatibiliza en el plano constitucional cada norma individual que puede entrar en conflicto con el Estatuto. Éste fue el camino seguido, por ejemplo, por Alemania (modificación del artículo 16, apartado 1, de su Constitución²⁵) y Rumania (artículo 19 de su nueva Constitución del 2003) para posibilitar la entrega de sus nacionales a la Corte Penal Internacional.

La primera experiencia en este sentido fue la colombiana, que a través del acto legislativo n.º 2 del 2001 incorporó al artículo 93 de la Carta fundamental el siguiente párrafo:

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte penal internacional en los términos previstos por el Estatuto de Roma adoptado el 18 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Esta última frase que limita el “tratamiento diferente” exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto ha de entenderse en el sentido de que rige solamente en cuanto a la jurisdicción subsidiaria de la CPI; esto es: Colombia no se opone a la existencia de un nivel diferente de garantías en el orden internacional y admite la competencia de la CPI. No se refiere, por tanto, a que el Estado colombiano acepta también un tratamiento diferente aun cuando juzguen los tribunales locales. En este sentido, en la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes se expresa:

[...] se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua, la imprescriptibilidad de la acción penal o la relativización de los principios de la cosa juzgada y el *non bis idem* a pesar de la ratificación del Estatuto de Roma.²⁶

²⁵ Al respecto, cf. el trabajo de Ambos en este volumen.

²⁶ Ponencia de Carlos Germán Navas Talero (*Gaceta del Congreso* n.º 296, 13 de junio de 2001, páginas 15 y 16). En el mismo sentido el Informe de Ponencia del Primer Debate del proyecto de acto legislativo Acto legislativo 014 de 2001 del Senado, *Gaceta del Congreso* 114, 9 abril de 2001.

Esta reforma ha posibilitado la ratificación del Estatuto, efectuada finalmente con la ley n.º 742 de 5 de junio de 2002. La Corte Constitucional colombiana, en la providencia n.º C-578 de 2002, ha revisado y confirmado la constitucionalidad de esta ley²⁷ y ha avalado el entendimiento de que únicamente se admite un tratamiento diferente en las materias reguladas por el Estatuto cuando la CPI ejerce su jurisdicción complementaria y no, por tanto, cuando el Estado colombiano juzgue prioritariamente el caso.²⁸

Brasil fue el segundo Estado latinoamericano en reconocer a través de su Constitución la jurisdicción de la CPI. La reforma, ocurrida en diciembre del 2004, incorporó el siguiente párrafo al artículo 5 de la Constitución:

El Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación ha manifestado adhesión

En el caso brasileño, la reforma no tuvo por objeto posibilitar la ratificación, la cual ya había tenido lugar más de dos años antes. De todos modos, fue el fruto tardío de las discusiones acerca de cómo resolver los conflictos entre el orden constitucional interno y el Estatuto de Roma.

Recientemente, el 20 de junio del 2005, México concluyó su proceso de reforma constitucional considerada necesaria para la ratificación del Estatuto. El proceso de reforma había comenzado en diciembre del 2001 con una iniciativa del Poder Ejecutivo, la cual, luego de un largo trámite, fue aprobada por las dos Cámaras del Congreso y por la mayoría de las legislaturas provinciales. La reforma añadió el siguiente párrafo al artículo 21:

²⁷ Cf., al respecto, Aponte, Informe de Colombia, en Ambos y Malarino (eds.): o. cit., pp. 202 ss.

²⁸ Así, por ejemplo, expresa en relación con los fueros y procedimientos especiales previstos en el orden interno: "En segundo lugar, como quiera que de conformidad con el Preámbulo del Estatuto y los artículos 1 y 17 del mismo, la Corte tiene una jurisdicción complementaria que asegura que sean las autoridades nacionales las que tengan la primacía para juzgar y sancionar a quienes sean responsables de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, las normas sobre fuero e inviolabilidad que consagra nuestra Carta, siguen siendo aplicables en esos eventos y cuando sean nuestras autoridades las que juzguen, puesto que el Estatuto no modifica dichas disposiciones en el ordenamiento interno". O también cuando admite, entre otros motivos, la aplicación de la pena a perpetuidad por la Corte penal internacional pese a la prohibición del artículo 34 de la CN colombiana, pues: "la imposición de una pena a cadena perpetua no sería competencia de los jueces nacionales".

El Ejecutivo Federal podrá con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La doctrina ha presentado ciertos reparos en cuanto al contenido de esta fórmula. Especialmente no es claro qué significa el requisito del reconocimiento “en cada caso”. Si con esta fórmula se pretende un *reconocimiento* de la jurisdicción del CPI ante cada hecho concreto que pudiera involucrar de alguna manera al Estado mexicano (por ejemplo, cada vez que se solicita su cooperación), entonces con ella no se ha ganado gran cosa. Si esto fuera realmente así, la reforma no serviría de mucho a la solución de posibles incompatibilidades; más bien, se habría introducido en la propia Constitución una *válvula de escape* de valoración política al sistema de la CPI. Sin embargo, la incorporación de una cláusula de este tipo no sería posible en el instrumento de ratificación, dado que el ECPI no admite reservas (artículo 120).²⁹

Como se ha adelantado, también Chile y El Salvador han considerado necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación; estos países, sin embargo, aún no han llevado a cabo la reforma pertinente y, por ello, la ratificación es una cuestión pendiente.

En *Chile*, el Tribunal Constitucional ha estimado, por sentencia del 8 de abril del 2002, que varias disposiciones del ECPI eran inconciliables con la Constitución y ha afirmado, en consecuencia, la necesidad de una reforma constitucional para posibilitar la ratificación. A raíz de esta decisión, el Poder Ejecutivo presentó al Senado un proyecto de reforma constitucional. También aquí se propone una solución general siguiendo en esencia el modelo francés. La disposición proyectada se agregaría como cláusula transitoria que desaparecería con la culminación del proceso de ratificación.³⁰ Sus términos son los siguientes:

El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior.

²⁹ Al día siguiente de la publicación de la reforma constitucional, el Senado aprobó la ratificación del Estatuto. Para que México se convierta en Estado parte falta aún la publicación de tal ratificación en el *Diario Oficial* y el depósito del instrumento de ratificación. Para más detalles cf. el informe de México (Neri Guajardo), en este volumen.

³⁰ Para más detalles cf. el informe de Chile (Guzmán Dalbora), en este volumen.

En *El Salvador*, finalmente, el gobierno ha considerado necesaria una reforma constitucional previa a la ratificación. Aunque por el momento no exista un proyecto concreto, en el seno del gobierno se estudia una solución general.³¹

2.2. Sobre la libertad estatal en las elecciones de implementación

La afirmación de la compatibilidad entre el sistema del Estatuto de Roma y las normas constitucionales estatales, sea implícitamente con el acto de ratificación, sea explícitamente por una sentencia del tribunal constitucional o por una reforma constitucional, no significa, sin embargo, que no puedan existir problemas de implementación de índole constitucional. Como ya se ha dicho, con ella solamente los Estados dan respaldo legal o constitucional, según el caso, a la realización de un proceso por la CPI como jurisdicción suplementaria y a la utilización por ésta de un nivel diferente de derechos. En el ámbito de la implementación facultativa pueden plantearse aún tensiones entre el ECPI y la Constitución estatal.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de la implementación obligatoria para colaborar con el funcionamiento de la jurisdicción suplementaria de la CPI, en el ámbito de la implementación facultativa el Estado no asume con su ratificación una obligación de implementación y, por consiguiente, puede decidir discrecionalmente no efectuar reforma alguna al derecho interno o efectuar sólo reformas incompletas. En tal caso, como hemos visto, si un crimen de competencia de la CPI es cometido en su territorio o por un nacional suyo, el Estado parte deberá aceptar que eventualmente sea la CPI la que lleve adelante el proceso. Hasta aquí no se presenta, por tanto, ningún problema de implementación: el Estado decide no implementar (o hacerlo de manera incompleta) y asume las consecuencias de su decisión (pérdida de la competencia).

El problema se presenta, sin embargo, cuando el Estado pretende implementar, pero, a la vez, no está dispuesto a claudicar en el respeto de sus normas constitucionales. En qué medida un Estado puede tomar distancia del texto del Estatuto a fin de respetar especificidades constitucionales sin perder eventualmente su competencia prioritaria es la cuestión clave para la cuestión de la implementación que plantea el principio de complementariedad. En el estado actual, esta respuesta es tan relevan-

³¹ Cfr al respecto el informe de El Salvador (Martínez Ventura), en este volumen.

te como difícil, dado que la CPI no ha comenzado aún a definir los criterios que utilizará en este *juicio cualitativo sobre el derecho de los Estados partes* ordenado por el principio de complementariedad. Un Estado que quiera implementar teniendo en cuenta sus especialidades nacionales deberá, en cierto modo, anticipar cuáles serán estos criterios. Es evidente, entonces, que la implementación dependerá en gran medida de la concepción del requisito de la *capacidad jurídica*. Hay dos cosas, al respecto, que parecen ciertas desde un principio. Por un lado, el Estado es libre en su implementación cuando el Estatuto *renuncia a establecer parámetros*. Por ejemplo, como se desprende del artículo 80 del ECPI respecto de las sanciones. En este sentido, un Estado no corre riesgo de perder su jurisdicción si no prevé las mismas penas o escalas penales que establece el Estatuto. Por el otro, el Estatuto *no exige una implementación literal* como condición para conservar la competencia prioritaria. La ausencia de un requisito de implementación literal tiene en cuenta la diversidad de culturas y tradiciones jurídicas de los Estados partes. Si el Estatuto procura servir de incentivo para que los Estados modifiquen sus legislaciones internas, entonces sólo podrá tener éxito si se permite que éstos implementen teniendo en cuenta su tradición jurídica. Así, del mismo modo que los Estados deberían estar dispuestos a aceptar cierto apartamiento de sus estándares jurídicos cuando juzga suplementariamente la CPI,³² pues, como se ha dicho, un derecho en cierta medida universal no puede satisfacer plenamente las exigencias jurídicas de *todos* los Estados, también la CPI deberá tener en cuenta esta complejidad en su *juicio sobre el derecho* mandado por el principio de complementariedad. Para que exista y funcione la CPI debe existir *consenso* y esto requiere *tolerancia* de los Estados. A su vez, para mantener este *consenso* la CPI debe ser también *tolerante* al juzgar si un Estado cuenta con una legislación adecuada. Sólo una ausencia de rigidez en este sentido se condice con la visión del sistema de derecho penal internacional como un sistema compuesto por diferentes ordenamientos jurídicos (uno internacional, varios nacionales). Además, sólo esta tolerancia garantizará que el juzgamiento sea, como es el espíritu del ECPI, un asunto prioritario de los Estados. Por tal razón, el ECPI sólo establece parámetros o *guidelines* para la implementación, pero no más.

³² Si el Estado no está dispuesto a esta concesión, entonces, como ya se ha dicho, no debería ratificar el Estatuto.

La cuestión de la adecuación de la legislación debería resultar, entonces, de una *comparación* entre los parámetros que proporciona el Estatuto y las normas de derecho interno constitucionales del Estado parte, y en principio sólo debería considerarse inadecuada una legislación que lo sea manifiestamente. Especialmente, la CPI debería aceptar apartamientos de los parámetros de implementación —y, por tanto, no debería arrogarse la competencia suplementaria— cuando tales desviaciones estén orientadas a tener en cuenta valores jurídicos fundamentales del Estado parte que hacen a su *identidad como Estado*. Esto es, normas fundamentales que expresan una precisa concepción del Estado. Las garantías constitucionales del proceso penal y del derecho penal sin duda alguna forman parte de estas normas fundamentales. En la evaluación sobre la adecuación, la CPI podría servirse de la teoría del *margen nacional de apreciación* nacida en la ComEDH y desarrollada por el TEDH.³³ Pero se trataría de una *aplicación a la inversa* de esta teoría, pues, mientras en el ámbito europeo ella sirve para justificar derogaciones a los derechos fundamentales consagrados por la CEDH, aquí serviría, al contrario, para justificar apartamientos de los parámetros de implementación del Estatuto a fin de tener en cuenta el nivel más alto de garantías del derecho interno. Así, los parámetros internacionales de implementación encontrarán un límite en cuanto afecten derechos fundamentales reconocidos a los individuos por las constituciones o cartas políticas estatales. Y, a la inversa, el reconocimiento de estos derechos fundamentales constituirá el *margen nacional de apreciación*, es decir, el espacio de autonomía donde la soberanía estatal no cede frente a las normas provenientes del plano internacional.³⁴ De este modo, estas normas que prevén garantías fundamentales deberían ser resistentes a las pautas de adaptación provenientes del Estatuto de Roma y la implementación debería poder realizarse sin riesgo de una futura pérdida de la competencia a causa de *legislación inadecuada* (incapacidad jurídica, artículo 17 del ECPI).

³³ Para los orígenes esta teoría cf. los informes de la ComEDH *Grecia c/ Reino Unido*, informe de la Comisión de 26 de septiembre de 1958, y *Lawless c/ Irlanda*, informe de la Comisión de 19 de diciembre de 1959. Sobre su utilización por el TEDH y la evolución de la teoría cf., entre otros, los procesos *Linguistique belge*, sentencia del 23 de julio de 1968; *Handyside c/ Reino Unido*, sentencia del 7 de diciembre de 1976; *Irlanda c/ Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1978; *Dudgeon c/ Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981; *Luordo c/ Italia*, sentencia del 17 de julio de 2003; *Gündüz c/ Turquía*, sentencia del 4 de diciembre de 2003; *Issaieva c/ Rusia*, sentencia de 24 de febrero de 2005; *Khachiev y Akaieva c/ Rusia*, sentencia de 24 de febrero de 2005. En doctrina cf. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1996; Mahoney: “Marvellous Richness of Diversity of Individous Cultural relativism?”, en *HRLJ*, vol. 19, n.º 1, 1998, pp. 1 ss., y Callewaert: “Quel avenir pour la marge d’appréciation?”, en Mahoney (ed.): *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne. Mélanges à la memoire de Rolv Ryssdal*, Colonia: Carl Heymanns, 2000, pp. 147 ss.

³⁴ De manera similar, Malarino, Informe de Argentina, en Ambos y Malarino (eds.): o. cit., pp. 56 s.

Otra cosa podría ocurrir con normas constitucionales que no conceden garantías al ciudadano, esto es, que no trazan una delimitación entre Estado e individuo (en otras palabras, entre poder y libertad), sino que regulan competencias estatales. Así, por ejemplo, las normas de inmunidades de persecución o juzgamiento en razón de la posición o el cargo oficial no pueden considerarse derechos de libertad frente al Estado. Dificilmente estas normas impregnen la comprensión de un Estado. La razón de la concesión de estas inmunidades reside, más bien, en asegurar un correcto funcionamiento de ciertos órganos estatales. Ellas pretenden que determinada área de la función pública no sea perturbada. En estos casos no sería irrazonable que la CPI decidiera abrir su jurisdicción suplementaria si el Estado que normalmente tiene la jurisdicción no puede proceder por la existencia de una inmunidad.

3. Implementación y reglas de aplicación especial de la ley penal: los efectos del Estatuto de Roma sobre la regulación de la jurisdicción universal

La creación de la Corte Penal Internacional ha llevado a algunos países a revisar sus reglas de asignación de competencia en cuanto al principio de jurisdicción universal. En la experiencia europea, Alemania y España han decidido restringir la aplicación de este principio a fin de tener en cuenta la actuación de la CPI. Los modelos seguidos por estos Estados son diferentes. En España, la nueva Ley de Cooperación con la CPI, de diciembre del 2003, ha restringido el principio de jurisdicción universal previsto por el artículo 24 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) por medio de su artículo 7, apartado 2. Esta disposición establece la *prohibición de iniciar un procedimiento* en caso de hechos cometidos en el extranjero por personas no españolas y para cuyo enjuiciamiento *pudiera ser competente* la CPI.³⁵ En Alemania, el principio

³⁵ “Artículo 7. 2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

de jurisdicción universal consagrado en el § 1 del Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]) ha sido restringido por medio de una modificación al § 153.f de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*). Esta disposición establece, como criterio de oportunidad, que la fiscalía puede abstenerse de perseguir un crimen internacional previsto en los § 6 a 14 del VStGB en ciertas condiciones. En América Latina, la discusión acerca de cómo regular el principio de jurisdicción universal no ha tenido, hasta el momento, un lugar importante en las discusiones sobre la implementación. En parte ello se debe a una cuestión general, esto es, a que el proceso de implementación en América Latina todavía se encuentra en una etapa muy inicial. Sin embargo, la cuestión no es totalmente desconocida a la experiencia de implementación latinoamericana; ella ya estuvo presente en un antiguo proyecto de implementación argentino³⁶ y en los proyectos uruguayos.³⁷ Debido a la importancia para el funcionamiento del sistema de la complementariedad, no puede considerarse improbable que ella ocupe un lugar más destacado en las futuras discusiones sobre la implementación.

La discusión toca el punto neurálgico del sistema de derecho penal internacional diseñado por el Estatuto de Roma. El alcance del principio de complementariedad depende en parte de esta cuestión. En efecto, si la CPI actúa sólo de modo complementario respecto de los Estados que, según sus propios derechos, normalmente ejercerían la jurisdicción, entonces su posibilidad efectiva de actuación dependerá de la manera en que éstos legislen sobre el tema. En este sentido, existirían enormes diferencias en cuanto a las posibilidades de actuación suplementaria de la CPI si los Estados pudieran ejercer su competencia solamente con base en el principio de territorialidad (o también en el principio de personalidad activa o de personalidad pasiva) o si, por el contrario, ellos también pudiesen actuar fundados en el principio de jurisdicción universal. Así, por ejemplo, si varios países contasen con un principio de *jurisdicción universal ilimitado*, entonces las posibilidades de actuación de la CPI serían sumamente escasas.

A raíz de esta constatación se plantea la siguiente pregunta: ¿la jurisdicción de la CPI es complementaria también frente a la previsión por un Estado del principio de jurisdicción universal? ¿La Corte debe esperar a que todos los Estados que tengan

³⁶ Cf. para más detalles el informe de Argentina (Parenti), en este volumen.

³⁷ Cf. el informe de Uruguay (Galain) en este volumen.

jurisdicción omitan el juzgamiento, aun cuando la atribución de competencia de este Estado sea únicamente en virtud del principio de jurisdicción universal? El tenor del artículo 17 del ECPI parece apoyar una respuesta afirmativa. El Estatuto de Roma no ha establecido una cláusula de prioridad de la competencia de la CPI frente a la *jurisdicción estatal basada en el principio de jurisdicción universal* y, por ello, la CPI sería en principio siempre subsidiaria. Esta interpretación literal, sin embargo, ha sido puesta en crisis desde un punto de vista teleológico.³⁸ De todos modos, la respuesta definitiva acerca de si la CPI será o no subsidiaria frente a la jurisdicción nacional fundada en el principio de jurisdicción universal no la proporcionará el ECPI, sino los Estados nacionales. A los Estados se les plantea entonces la cuestión político-criminal acerca de si es conveniente la regulación del principio de jurisdicción universal y, en su caso, cómo es la mejor forma de regularlo. Una regulación amplia de este principio parecería ser aconsejada, a primera vista, por el objetivo pretendido por el ECPI de que la Corte sólo intervenga excepcionalmente cuando los Estados no puedan o no quieran emprender las investigaciones o el juzgamiento. Sin embargo, esta conclusión no es tan obvia. Nada en el Estatuto dice a los Estados cómo regular esta materia. Ninguna obligación de implementación y ningún parámetro de implementación existe al respecto. Si esta cuestión está abierta, entonces es razonable preguntarse sobre la conveniencia de establecer en el derecho interno una cláusula de subsidiariedad de la *jurisdicción nacional en virtud del principio de jurisdicción universal* frente a una posible actuación de la CPI.

La regla de la competencia universal ilimitada debía gran parte de su sentido al hecho de que no existía una jurisdicción penal internacional permanente. Sin esta jurisdicción internacional suplementaria, eran los propios Estados con sus reglas de aplicación de la ley penal, con su jurisdicción universal, que erigían a sus tribunales internos en cierto modo en pretendidos *tribunales internacionales* de actuación complementaria, esto es, tribunales que operaban en ausencia de persecución y represión en el país que *normalmente* tenía la jurisdicción. En un sistema con una CPI en actividad, una regla de jurisdicción universal no es tan urgente: si un Estado ratifica el Estatuto de Roma, la falta de persecución por él mismo no significará la impunidad (que debía ser suplida por la persecución penal por un tercer Estado con base en el principio de jurisdicción universal), sino la condición necesaria para la activación

³⁸ Al respecto cf. Ambos: *Internationales Strafrecht*, Múnich, C. H. Beck, 2006, § 8 nm. 15 incluida la nota 42.

de la jurisdicción de la CPI. En la medida en que más Estados formen parte de este sistema supranacional de persecución penal e introduzcan en sus legislaciones internas normas adecuadas para la cooperación con la CPI, la previsión de reglas de jurisdicción universal será cada vez menos necesaria. De esta forma, se dejará el juzgamiento en manos de un organismo que, *en cierto modo*, representa a la comunidad internacional. Es indudable que un juicio por una CPI permanente que existe antes de los hechos tendrá más chances de ser percibido como legítimo (especialmente desde el punto de vista de los individuos juzgados o de sus nacionales) que un tribunal de los vencedores o uno muy ligado a éstos, o también que un tribunal de un tercer Estado que se arroga por sí solo, pero en nombre de la comunidad internacional entera, el juzgamiento de estos crímenes en virtud del principio de jurisdicción universal. En definitiva, la realización de un juicio por la CPI y no por terceros Estados no solo probablemente tendría más posibilidades de éxito (pues los Estados partes están obligados a cooperar), sino que además sería menos propensa a objeciones. De este modo, la solución de la subsidiariedad de la *jurisdicción nacional en virtud del principio de jurisdicción universal* frente a una actuación de la CPI parece ser una adecuada opción de implementación.

Ya la somera exposición de las soluciones alemana y española muestra que la concesión de prioridad a la jurisdicción internacional de la CPI frente a la jurisdicción nacional *fundada en el principio de jurisdicción universal* puede producirse de manera muy diversa. En Alemania, esto ocurrió a través de una regla de *oportunidad* procesal para el caso en que el hecho *esté siendo* perseguido por la jurisdicción internacional. En España, por medio de un *deber de abstención* para el supuesto de que la CPI *pudiera* ser competente. El antiguo proyecto argentino al que se hizo referencia supeditaba la posibilidad de activar la jurisdicción universal a la apertura de investigaciones en el marco de la CPI.

Los modelos expuestos presentan diferentes soluciones para los aspectos básicos que una ley de implementación debería considerar. Las alternativas son: por un lado, un cierre (o imposibilidad de apertura) *obligatorio o facultativo* de las investigaciones; por el otro, un cierre (o imposibilidad de apertura) sólo cuando el procurador *hubiera abierto las investigaciones* de acuerdo con el artículo 53 del ECPI o también cuando la CPI *pudiera ser competente* (esto es, pudiera investigar). Entre estas opciones de legislación debe preferirse aquella que manda un cierre (o imposibilidad de apertura) *obligatorio* de las investigaciones sólo para el caso en que el procurador *haya*

comenzado a investigar sobre un asunto. La razón de que el cierre deba ser obligatorio y no sólo facultativo se encuentra ya en los fundamentos antes efectuados en cuanto a la preferencia de que sea la CPI y no un tercer Estado por jurisdicción universal quien juzgue el hecho cometido en un territorio estatal. La opción por una restricción del principio de jurisdicción universal únicamente en el caso en que la se *esté* investigando reside en que antes de que esto ocurra no hay necesidad de restricción alguna. La creación de la CPI sólo puede proporcionar un motivo para priorizar su competencia frente a la estatal fundada en la jurisdicción universal si existe, *en concreto*, un proceso ante tal jurisdicción. Antes de ello, no hay alternativa entre juicio por la CPI o juicio por un tercer Estado.