

## Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional

### A. Requisitos del Estatuto

El Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno. Como única excepción *normativa* puede considerarse el artículo 70, inciso 4, letra *a*, que obliga a los Estados parte a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los delitos contra la Corte Penal Internacional (CPI) contenidos en el artículo 70.

Si bien esta es la única excepción normativa de la regla de que no hay obligación específica, podemos deducir más excepciones *fácticas* de, por un lado, la *obligación de cooperación* de los Estados parte (artículos 86 y ss.) y, por otro, del principio de complementariedad (artículo 17). En cuanto a lo primero, es claro que los Estados parte solamente pueden cumplir con su obligación de cooperación si tienen una legislación procesal adecuada, en particular una ley de cooperación con la CPI. El artículo 88 explícitamente exige que los Estados parte se aseguren “de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas de la presente parte”.

El principio de *complementariedad* presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional —caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo—, está obligado *de facto* a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto.

La cuestión se vuelve más complicada todavía si se toma en cuenta la compleja relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos indi-

viduales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional —por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.—, no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple y, en caso de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado como requisito mínimo. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una *obligación de facto* de implementación.

## B. Opciones de implementación<sup>1</sup>

Partiendo de las explicaciones de la sección A, es claro que la *opción cero* (véase cuadro B en la p. 29) no es ninguna opción. Los Estados parte tienen que introducir, por lo menos, normas que protegen la administración de justicia de la CPI (artículo 70.4) y un régimen procesal de cooperación con la CPI (implementación *limitada* o *parcial*). En todo caso, lo más recomendable es una implementación *total* o *completa*.

Los modelos a seguir dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado. En general, el sistema continental o de *civil law* —al cual pertenecen también la gran mayoría de los Estados de América Latina— no permite una *aplicación directa* de normas (penales) internacionales o una transformación de estas normas a través de una *referencia* al instrumento internacional por las exigencias de los principios *nullum crimen sine lege (certa)* y *nulla poena sine lege*. La cuestión es detalladamente discutida en el informe sobre Argentina en este libro acerca del caso *Simon*, más conocido como *Poblete* —fallo del 6 de marzo de 2001 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 7 (juez Cavallo).<sup>2</sup>

En consecuencia, las opciones posibles para los países latinoamericanos son la adopción literal de los artículos 5 y ss. del Estatuto (modelo belga) o una codificación nueva en la parte especial del código penal (CP) o en una ley especial. Mientras el legislador alemán tomó la última opción, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se optó u optará por modificaciones al CP.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Véase detalladamente Werle, “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts”, *Juristenzeitung (JZ)* 2001, pp. 885, 886 y s.; también Werle-Jessberger, “International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law”, *Criminal Law Forum* 13 (2002), pp. 191, 193 y ss.

<sup>2</sup> El fallo es publicado en *Nueva Doctrina Penal* 2000, tomo B, p. 527. Véanse los puntos B.b.4 y F. del informe de Argentina en este libro.

<sup>3</sup> Véase el punto G de los informes nacionales en este libro.

### C. Problemas específicos

Aparte de la cuestión del rango y de la aplicación directa del Estatuto de Roma (artículos 5 y ss.) en la legislación interna, hay varios otros problemas que deben tomarse en cuenta en el proceso de implementación:

1. Si bien los crímenes codificados en los artículos 5 a 8 del Estatuto son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens* (en particular el genocidio), para algunos de ellos no es claro si el Estatuto establece el principio de *jurisdicción universal*. En contra de ello parece hablar la competencia limitada de la Corte sobre hechos cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado parte (artículo 12, inciso 2). Por otro lado, el Estatuto presupone que es “deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (Preámbulo, § 6). En todo caso, si bien los Estados parte no son *obligados* a introducir el principio de jurisdicción universal en su derecho interno, tienen el *derecho* de hacerlo. Así el nuevo Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch* [VStGB]), que entró en vigor el 30 de junio de 2002,<sup>4</sup> prevé en su artículo 1 (ámbito de aplicación): “[E]sta ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestre ninguna relación con el territorio nacional”. Esta norma *sustantiva* se encuentra, sin embargo, limitada mediante una modificación procesal en la Ordenanza Procesal Penal alemana referente al ejercicio del principio de oportunidad por la fiscalía. Un nuevo § 153 *f* dispone que la fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible cuando el culpable no se encuentra en territorio nacional ni es de esperar su presencia (inciso 1) y cuando el hecho es perseguido por la CPI o por el Estado territorial del sospechoso o de la víctima (inciso 2). En otras palabras, la competencia alemana es subsidiaria a la CPI y a la de terceros Estados que asumen el juzgamiento del caso.

2. Si bien el *principio de culpabilidad* ha sido reconocido en derecho penal internacional ya en Nuremberg,<sup>5</sup> el principio de la responsabilidad del superior (*command responsibility*, artículo 28) choca con él en cuanto a la responsabilidad del superior por hechos cometidos por sus subordinados sin su conocimiento positivo o sin dolo (eventual).<sup>6</sup> Por lo tanto, el VStGB hace una distinción entre la responsabilidad

---

<sup>4</sup> *Bundesgesetzblatt* 2002 I p. 2254; traducciones en los idiomas oficiales de la ONU se encuentran en <[www.iuscrim.mpg.de/forsch/online\\_pub.html](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html)>.

<sup>5</sup> Véase Ambos, “Responsabilidad penal individual en derecho penal internacional”, *Revista Penal* (Salamanca) n° 7, enero 2001, pp. 5 y ss.; también en: idem, *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 63 y ss.

<sup>6</sup> Para un análisis detallado véase Ambos, *Temas...* (*supra* nota 5), pp. 117 y ss.; también en idem (coord.), *La nueva justicia penal supranacional*, Valencia (España), 2002, pp. 159 y ss.

del superior como *autor* de una omisión dolosa de impedir crímenes cometidos por sus subordinados (§ 4), es decir, de un delito impropio de omisión, y su responsabilidad como mero *cómplice* por infracción del deber de vigilancia u omisión de la comunicación de un delito (§ 13, 14).

3. En cuanto al *principio de legalidad material* (*nullum crimen sine lege*), especialmente en su forma de *lex certa*, el Estatuto prevé muchas figuras inciertas que pueden ser consideradas incompatibles con este principio. Ejemplos son los “actos inhumanos” del artículo 7.1, *k*, o los daños “claramente excesivos” en relación con la ventaja militar (artículo 8.2, *b*, iv). A este respecto, una implementación compatible con los requisitos constitucionales hace necesaria una concreción de estas conductas a través de una referencia a la parte especial del CP. Así, por ejemplo, el VStGB refiere, en cuanto a los actos inhumanos, al § 226 (lesión corporal grave) del CP alemán (§ 7.1, n° 8). Además, el principio *nulla poena sine lege* exige que la legislación interna asigne penas concretas a cada uno de los delitos.

4. En cuanto a la *cadena perpetua* (artículo 77), surge un problema para Estados que, como Colombia o Brasil, tienen prohibición constitucional expresa al respecto. Sin embargo, como se puede ver en los informes nacionales en este libro, esa prohibición no es un obstáculo insuperable para la ratificación e implementación del Estatuto. En todo caso, desde el punto de vista material tal prohibición parece poco convincente si los mismos Estados prevén penas *temporales* que no solo superan la posible cadena perpetua en otros Estados —por ejemplo, en Alemania<sup>7</sup>— sino también la cadena perpetua impuesta por la CPI, es decir, aproximadamente 37,5 años.<sup>8</sup>

5. Si bien el Estatuto distingue entre *extradición* entre Estados y *entrega* entre un Estado y la Corte (artículo 89), esta es una clarificación meramente terminológica que no resuelve el problema de fondo: se trata de la sustracción de un ciudadano de su jurisdicción nacional. Por lo tanto, es recomendable una modificación constitucional que permita la extradición o entrega a la CPI.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> La pena temporal máxima en Alemania es de 15 años (§ 39 inciso 2 del CP); la cadena perpetua es limitada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que exige que siempre debe existir la posibilidad de recuperar la libertad (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [BverfGE] 45, 187, 227 y ss.; 86, véase Jürgen Schwabe (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Selección de sentencias*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 18 y ss. Por lo tanto, existe la posibilidad de una suspensión del resto de la pena también en estos casos después de haber cumplido 15 años (§ 57a CP); así la pena raramente excede los 25 o 30 años.

<sup>8</sup> Aunque la cadena perpetua no está definida en el Estatuto, se puede deducir de la revisión de 25 años (artículo 110.3), considerando esto como dos terceras partes, que la pena puede llegar a 37,5 años (una tercera parte son 12,5 años).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 16, inciso 2, modificado de la Constitución alemana: “Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá establecer una *excepción* respecto a la extradición a un país miembro de la Unión Europea o a la *Corte Penal Internacional*, en la medida en que se respeten los principios del estado de derecho”.

6. En cuanto a la *inmunidad*, se debe distinguir entre la inmunidad frente a una *corte internacional* y entre *Estados*. En el primer caso no existe más la inmunidad como obstáculo procesal para la persecución de crímenes internacionales, como se desprende de todas las normas emitidas desde Nuremberg y recogidas en el artículo 27 del Estatuto de Roma. La situación es más compleja en cuanto se refiere a la persecución de estos crímenes por un tercer Estado, pues en este caso es aplicable la vieja regla de *par in parem non habet imperium* (entre iguales no hay quien domine), es decir, ningún Estado puede juzgar a otro persiguiendo a sus funcionarios (inmunidad estatal). La regla ha sido confirmada en la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Congo contra Bélgica*, en la cual la Corte declaró ilegal una orden de detención belga contra el ex ministro de Relaciones Exteriores del Congo por violar la soberanía del Congo.<sup>10</sup> Si bien la *ratio* de la inmunidad estatal y diplomática —la preservación del funcionamiento normal de las relaciones interestatales— no debe ser sacrificada sin más en favor de la jurisdicción universal para cada caso de injusticia en nuestro planeta, por otro lado no se debe pasar por alto que la criminalización internacional de violaciones graves de derechos humanos encuentra su más importante campo de aplicación en el caso de violadores que pertenecen al gobierno. En consecuencia, desde el punto de vista del derecho penal internacional la inmunidad no puede impedir la persecución si el sospechoso, como en el caso ante la CIJ, no ejerce ya funciones oficiales y por lo tanto no representa más al Estado afectado. Un concepto menos guiado por los intereses estatales pero más por los de los derechos humanos limitaría incluso la inmunidad de los jefes de Estado y miembros del gobierno todavía activos si los crímenes bajo examen son tan graves que el interés de persecución y castigo debe prevalecer sobre el funcionamiento normal de las relaciones internacionales.<sup>11</sup> Evidentemente, esto no puede ser decidido en abstracto sino solamente en cada caso particular.

En cuanto a posibles *acuerdos bilaterales* entre los Estados Unidos y Estados parte con base en el artículo 98,<sup>12</sup> parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (artículo 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (artículo 89). En todo caso, si esta obligación existe antes de un acuerdo bilateral, el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (artículo 18

---

<sup>10</sup> CIJ, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgement*, 14 February 2002, § 51 y ss. y pássim; opinión disidente de Higgins, Kooijmans y Buergenthal, § 81 y ss. Véase también la crítica de Cassese y Wirth en *European Journal of International Law* 13 (2002), pp. 853, 877; también Guilherme de Aragão, *Humanitäres Völkerrecht* 2002, pp. 77.

<sup>11</sup> Véase más detalladamente Ambos, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, 2003, observaciones preliminares a los § 3-7, notas marginales 135 y ss.

<sup>12</sup> Al 12 de marzo de 2003, 24 Estados habían firmado estos acuerdos; entre ellos tres de América Latina (El Salvador, Honduras y República Dominicana) que ni siquiera han ratificado el Estatuto. Véase <[www.iccnw.org/otherissuesimpunityagreements.html](http://www.iccnw.org/otherissuesimpunityagreements.html)>.

de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si *un acuerdo internacional* preexistente al Estatuto de Roma exige tal consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea<sup>13</sup> y una resolución del Parlamento Europeo.<sup>14</sup> Así, los “Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte”, aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de setiembre de 2002,<sup>15</sup> tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte, y señalan, *inter alia*, que:

- Deben tomarse en consideración los *acuerdos* internacionales *existentes*, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede serlo con otros acuerdos internacionales suscritos por ellos.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.

---

<sup>13</sup> Dictamen interno del 13 de agosto de 2002, publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, tomo 23 (2002), p. 15; en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 2002, p. 469.

<sup>14</sup> Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, “la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...] indebidamente” y expresa, en la letra F, su decepción “por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5\_TA-PROV[2002] 09-26; <[www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES)>; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 554).

<sup>15</sup> Sesión n° 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, doc. 12516/02, punto 6 “Corte Penal Internacional” con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>>; en alemán en *EuGRZ*, 2002, 665.

**CUADRO A. Requisitos del Estatuto**

**Regla:** No hay obligación específica

**Excepciones:**

- artículo 70 § 4 (delitos contra la administración de justicia)
- cooperación (artículos 86 y ss.) => normas procesales (artículo 88)
- complementariedad (artículo 17)
  - importancia de persecución nacional (véanse también Preámbulo y artículo 20.III)
  - ¿obligación de facto de implementar
    - vacíos en derecho nacional?
    - crímenes ordinarios?

**CUADRO B. Opciones de implementación****1. Ninguna implementación = opción cero**

- No es opción (véase *supra*, sección B)

**2. Implementación limitada**

- artículo 70.IV
- Normas procesales

**3. Implementación total/completa****a. Modelo de referencia (Reference model)**

- aplicación directa (África del Sur)
- referencia al Estatuto (Canadá, Nueva Zelanda)
- adopción literal (Bélgica)

**b. Modelo de codificación (especial) (Special codification model)**

- implementación *modificada* en Código Penal o Ley Especial (Alemania)

**CUADRO C. Problemas específicos**

- jurisdicción universal
- principio de culpabilidad
- principios de legalidad (material), certeza (*nullum crimen*); ej. *inhumane acts* (artículo 7.1, k), *clearly excessive* (artículo 8.2, b, iv)
- cadena perpetua (artículo 77, revisión artículo 110)
- extradición-entrega (artículo 89)
- inmunidad
  - derecho nacional
  - acuerdos bilaterales (artículo 98) (Estados Unidos)